Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von

HANS HÜRLIMANN

aus Zürich.

Druck und Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich
1925

Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von

HANS HÜRLIMANN

aus Zürich.

Druck und Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich
1925

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Prof. Dr. W. Burckhardt danke ich an dieser Stelle bestens für die wertvolle Unterstützung meiner Arbeit. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Max Huber und dem Vorsteher des Eidgenössischen Militärdepartements, die mir verschiedene für diese Arbeit wichtige Akten in zuvorkommender Weise zur Verfügung stellten.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549603_0005

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 7

A. Die rechtlichen Grundlagen der Schadenersatzpflicht 10

I. Im Allgemeinen 10

II. Im Besonderen 14

1. Die Diensthandlungen privatrechtlicher Natur . . . 15

a) Die Haftung aus Vertrag 16

b) Die außervertragliche Haftung 16

2. Die Diensthandlungen öffentlichrechtlicher Natur . . 16

A. Die abweichenden Bestimmungen 19

a) Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz . . . 20

b) Das Militärstrafgesetz und die Militärstrafgerichtsordnung 26

c) Das Verwaltungsreglement 28

d) Die Militärorganisation 31

B. Die subsidiäre Geltung des Obligationenrechts . . 32

B. Der Uebungsdienst (Art. 27/9 M. O.) 34

1. Die Entstehungsgeschichte 34

2. Das Verhältnis von Art. 27 ff. M. O. zu Art. 41 ff. O. R. . 40

3. Der gesetzliche Tatbestand 43

I. Die Haftung des Bundes 43

a) Der Schaden 44

b) Die Schadenszufügung 45

aa) Die militärischen Uebungen 45

bb) Der Kausalzusammenhang 52

c) Die Gründe, welche die Haftung ausschließen (höhere Gewalt und Selbstverschulden) 61

II. Das Rückgriffsrecht des Bundes 62

C. Der übrige Dienst (die nicht unter Art. 27/9 M. O. fallenden Schädigungen) 66

I. Die Haftung des Dienstpflichtigen 66

1. Das Verhältnis von Art. 41 ff. O. R. zum Beamtenverantwortlichkeitsgesetz 66

2. Der gesetzliche Tatbestand 67

a) Der Schaden 67

b) Die Dienstführung 68
c) Die rechtswidrige Handlung 73
aa) Die Widerrechtlichkeit 73
bb) Das Verschulden 77
II. Die Haftung des Staates 85
1. Die gesetzlichen Bestimmungen 86
2. Die Begründung der Entschädigungspflicht mit der Billigkeit (die Opfertheorie von O. Mayer) 91
3. Die Begründung der Entschädigungspflicht mit der Rechtsgleichheit (Art. 4 B. V.) 94
4. Die bundesgerichtliche Praxis 97
5. Wann wird der Bund entschädigungspflichtig? . . 105
D. De lege ferenda 110
Verzeichnis der schweizerischen Literatur 118
Verzeichnis der Abkürzungen 120

Einleitung.

Die Praxis war bis vor kurzem über die Schadenersatzpflicht der Militärpersonen im unklaren, weil die Gesetzgebung dieses Gebiet noch nicht abschließend geregelt hat. Während für die Beamten schon durch ein Bundesgesetz von 1850 eine besondere Regelung der Verantwortlichkeit versucht wurde, geschah dies für den militärischen Uebungsdienst erst mit dem Inkrafttreten der neuen Militärorganisation von 1907. Entsprechende Bestimmungen für die übrige dienstliche Tätigkeit bestehen heute noch nicht. Die Praxis hat sich deshalb mit allen möglichen Gesetzesbestimmungen und Erwägungen beholfen, um das Bestehen oder Nichtbestehen einer Haftung des Dienstpflichtigen zu begründen. Zur Veranschaulichung der verschiedenen Ansichten, welche über den Schadenersatz im Militärdienst geäußert werden, seien hier die originellsten angeführt:

Häufig kommt es vor, daß der Staat für die pflichtwidrigen Handlungen seiner Dienstpflichtigen verantwortlich gemacht wird. Damit wird die sogenannte Organhaftung der juristischen Personen auf das öffentliche Recht ausgedehnt [1]). Vereinzelt steht jedoch ein Urteil eines urnerischen Kreisgerichts da, welches umgekehrt den Dienstpflichtigen für seine pflichtmäßigen Handlungen verantwortlich machen will. Es erklärt den Kommandanten einer Rekrutenschule als „gesetzlichen Vertreter des Bundes" und verurteilt ihn persönlich zum Ersatz von Kulturbeschädigungen, welche die Truppen bei einer militärischen Uebung verursacht haben [2]). Dagegen nimmt das Bezirksgericht Zürich an, der Wehrmann entziehe sich der bürgerlichen Rechtssphäre und werde nur noch der Militärgewalt verantwortlich, wenn er in den Militärdienst trete. Zivilrechtliche Begriffe, wie Sorgfalt und Verschulden, seien deshalb überhaupt nicht mehr maßgebend, weil die dienstlichen Handlungen nach ganz anderen Ueberlegungen vorgenommen würden als im bürgerlichen Leben [3]). Im allgemeinen sind aber die Zivilgerichte der Ansicht, auch die Militärpersonen seien dem

[1]) Vgl. B. G. E. 34, II. 840.

[2]) Vgl. B. G. E. 25, II. 15.

[3]) In einem Urteil der ersten Abteilung vom 3. Februar 1920, s. unten S. 12 f.

zivilen Schadenersatzrecht zu unterstellen. Sie lassen höchstens eine Analogie mit dem Beamtenrecht zu [4]). Daneben werden Militärpersonen oft auch als Beamte angesehen und die Geschädigten verlangen beim Bundesrat die Erteilung einer Verfolgungsermächtigung gemäß Art. 43 B. V. G.

Erst nachdem einige Schadenersatzfälle aus dem aktiven Dienst bis vor das Bundesgericht gezogen worden waren, vermochten die Entscheidungen des letzteren der Praxis eine bestimmte Richtung zu geben.

Im folgenden soll diese Frage näher untersucht werden. Dabei ist auf zwei Gedanken hinzuweisen, welche das Schadenersatzrecht und besonders das öffentlichrechtliche Schadenersatzrecht beherrschen:

Der Schadenersatz bezweckt die gerechte Verteilung eines Schadens auf die Glieder der menschlichen Gemeinschaft. Während dies im Zivilrecht in der Regel nur auf zwei Arten möglich ist, indem der Schädiger den Schaden ersetzt, oder indem der Schaden auf dem Geschädigten „sitzen bleibt", kommt im öffentlichen Recht eine dritte Möglichkeit hinzu: Wenn es ungerecht ist, den Schaden weder dem Schadenstifter noch dem Geschädigten zuzurechnen, so wird er auf die „Staatskasse" abgewälzt. Auf diese Weise kann die Schadensverteilung hier gerechter durchgeführt werden als im Zivilrecht.

Dazu kommt eine weitere Besonderheit, welche dem öffentlichen Schadenersatzrecht eigen ist. Der Beamte wird im Rechtsstaat jedermann für seine Geschäftsführung persönlich verantwortlich. Besonders in der zivilrechtlichen Klage ist dadurch dem Bürger ein Rechtsmittel gegeben, sich vor der gesetzwidrigen Handhabung der Staatsgewalt zu schützen. Anderseits ist aber der Staat genötigt, auch den Dienstpflichtigen bei der Durchführung der öffentlichen Aufgaben in Schutz zu nehmen. Ganz besonders trifft dies für den Bürger zu, der Militärdienst leistet. Hier, wo die dienstliche Tätigkeit die Behauptung des Staates selbst bezweckt, muß der Staat ein besonderes Interesse haben, die Tätigkeit des Dienstpflichtigen zu schützen. Dann wird hier der Einzelne gesetzlich gezwungen, Dienste zu verrichten, d. h. eine Belastung auf sich zu nehmen, die durch eine besondere Besteuerung der Nichtdienstpflichtigen in Tat und Wahrheit doch nicht ausgeglichen werden kann. Um so unbilliger ist es deshalb, den seine Pflicht erfüllenden Wehrmann allen Klagen preiszugeben, die aus Schikane, aus

[4]) Vgl. B. G. E. 47, II. 504 u. 559.

Prozeßsucht oder aus politischen Motiven gegen ihn erhoben werden. Die Geltendmachung dieser Ansprüche muß deshalb so geregelt werden, daß ungerechtfertigte Klagen nach Möglichkeit ausgeschlossen werden.

Die beiden Gedanken lassen sich in die folgenden zwei Fragen zusammenfassen:

Wie wird ein durch dienstliche Handlungen zugefügter Schaden am gerechtesten vom Staat, dem Dienstpflichtigen und dem Geschädigten getragen?

und wie ist die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu regeln, damit der Dienstpflichtige in seiner Stellung geschützt wird, ohne daß die Interessen des Verletzten darunter leiden?

Im folgenden stelle ich mir zwei Aufgaben: Erstens soll festgestellt werden, wie sich das geltende Recht zur Schadenersatzpflicht der Militärpersonen verhält. Dies hat vor allem auf Grund der bestehenden Gesetzesbestimmungen und der Rechtsprechung zu geschehen. Daneben sind auch die Bestrebungen der Theorie zu berücksichtigen, welche die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht auf eine positivrechtliche Grundlage stellen wollen. Zweitens soll geprüft werden, wie die Uebelstände der heutigen Rechtslage am einfachsten behoben werden können.

Diese beiden Aufgaben führen zu der folgenden Disposition: In einem ersten Abschnitt werden diejenigen Bestimmungen auf ihre Anwendbarkeit untersucht, welche für die Haftung des Dienstpflichtigen oder für die Entschädigungspflicht des Staates in Betracht kommen können. Das Ergebnis wird sein, daß die zivilrechtliche Haftung des einzelnen Dienstpflichtigen verschieden ist, je nachdem, ob er im Uebungsdienst oder ob er im Nichtübungsdienst tätig wird. In den zwei folgenden Abschnitten wird für diese beiden Haftungsformen der gesetzliche Tatbestand aufgestellt unter Berücksichtigung der Rechtsprechung. Auf Grund der so gewonnenen Einsicht soll endlich im vierten und letzten Abschnitt geprüft werden, wo Verbesserungen der gegenseitigen Rechtszustände wünschenswert sind.

A. Die rechtlichen Grundlagen der Schadenersatzpflicht.

I. Im allgemeinen.

Art. 117 der Bundesverfassung bestimmt, daß die Beamten der Eidgenossenschaft für ihre Geschäftsführung verantwortlich sind. In der Ausgestaltung, welche dieser Grundsatz in dem Gesetz vom 9. Dezember 1850 erhalten hat, besteht die Verantwortlichkeit nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch unmittelbar gegenüber allen Drittpersonen. Handelt ein Dienstpflichtiger pflichtwidrig, so kann ihn jeder in seinen Interessen verletzte Dritte zur Verantwortung ziehen, wenn ihm ein Rechtsweg offen steht, um seinen Anspruch geltend zu machen.

Besteht ein ähnlicher Anspruch des Dritten gegenüber Militärpersonen? Die Verfassung spricht nur von den Beamten der Eidgenossenschaft, und das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz bezeichnet als Beamte die Mitglieder der vollziehenden oder richterlichen Behörden und alle Personen, die entweder provisorisch ein Amt bekleiden oder vorübergehend eine amtliche Funktion übernehmen (B. V. G. 2). Von Militärpersonen ist nirgends die Rede. Aus dem Sinn der Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen ergibt sich aber, daß auch die Militärpersonen einer ähnlichen Verantwortlichkeit zu unterstellen sind. Die Bestimmungen über die Beamtenverantwortlichkeit (gegenüber dem Staat) wollen dem Staat nicht nur die richtige Durchführung der amtlichen Aufgaben gewährleisten; weil die Verantwortlichkeit des Beamten auch gegenüber den Drittpersonen besteht, schützen sie auch den Privaten vor jeder mißbräuchlichen Handhabung der Staatsgewalt. Die Verantwortlichkeit muß sich deshalb auch auf alle Personen erstrecken, denen der Staat die Erfüllung von besonderen öffentlichen Pflichten auferlegt und die infolgedessen im Verkehr mit den Privatpersonen eine ihnen übergeordnete Stellung einnehmen. Verantwortlich im Sinne von Art. 117 ist also jedermann, der in einer öffentlichen Stellung tätig wird [1]). Nicht erheblich ist, daß die öffentliche Stellung vorübergehend oder dauernd eingenommen wird,

[1]) Vgl. H. Kaufmann i. Z. f. schw. Recht n. F. Bd. 31, S. 601 ff.

oder daß sie nur freiwillig oder auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung übernommen worden ist. Ferner ist unerheblich für die Verantwortlichkeit, welcher Natur die besonderen Pflichten sind, die mit der öffentlichen Stellung verbunden werden. Die Mitglieder des Bundesrates und des Bundesgerichts werden verantwortlich wie alle übrigen Beamten (B. V. G. 1 und 19).

Eine Ausnahme stellt das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz für die Mitglieder des National- und Ständerates auf, welche bei der Abgabe des Votums nicht verantwortlich werden (B. V. G. 1, II). Die Mitglieder der Bundesversammlung sind aber keiner andern Behörde untergeordnet und können daher auch keiner Behörde verantwortlich werden. Die Verantwortlichkeit der National- und Ständeräte besteht gegenüber dem ganzen Volke; welches nach Ablauf der Amtsdauer bei den Neuwahlen sein Urteil kundgibt, indem es einen Vertreter wiederwählt oder ihm sein Mandat entzieht.

Eine solche Ausnahmestellung nehmen die Militärpersonen aber nicht ein, und deshalb ist es unbegründet, sie von der Verantwortlichkeit auszuschließen [2]). Im Gegenteil, da die Verantwortlichkeit von Personen in öffentlicher Stellung gerade zum Schutze der Privaten besteht, ist für die Militärpersonen ein gesteigertes Bedürfnis vorhanden, sie für ihre Dienstverrichtungen persönlich haften zu lassen. Wenn sie nämlich der Staat mit weitergehenden Befugnissen als die Beamten ausstattet, muß auch der Mißbrauch der ihnen anvertrauten besondern Gewalt für die Untertanen gefährlicher sein als ein Mißbrauch der zivilen Amtsgewalt. Es ist daher anzunehmen, daß die Militärpersonen für pflichtwidrige Dienstführung zum mindesten in gleicher Weise verantwortlich werden wie die Beamten.

Aus Art. 117 der Bundesverfassung allein kann zwar eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärpersonen nicht abgeleitet werden, um so weniger als auch die Beamtenhaftpflicht nicht bloß auf Art. 117, sondern auf dem in Ausführung von Art. 117 erlassenen Beamtenverantwortlichkeitsgesetz beruht. Auch für die Militärpersonen kann eine Schadenersatzpflicht nur durch eine dem Beamtenverantwortlichkeitsgesetz gleichwertige Bestimmung begründet werden. Dem in Art. 117 enthaltenen verfassungsrechtlichen Grundsatz kommt im Verhältnis zu diesen gesetzlichen Bestimmungen lediglich die Bedeutung eines Programmpunktes zu,

---

[2]) Diejenigen Personen, deren hohe militärische Stellung im Schadenersatzrecht eine besondere Berücksichtigung verdient, wie der General und die Mitglieder des außerordentlichen Militärgerichts, unterstehen als von der Bundesversammlung gewählte Organe ohnehin einem eigenartigen Verfahren (s. unten S. 25 f.).

der für den Gesetzgeber gewisse Richtlinien aufstellt. Diese Richtlinien werden aber auch für den Richter von Bedeutung, wenn es der Gesetzgeber ganz oder teilweise unterlassen hat, die Verantwortlichkeit zu regeln. In solchen Fällen ist der Richter darauf angewiesen, die Verantwortlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung der Verfassungsartikel zu beurteilen. Das trifft für den Schadenersatz im Militärdienst zu, dessen gesetzliche Regelung unvollständig ist: Während für die militärischen Uebungen die persönliche Verantwortlichkeit der Militärdienstpflichtigen anerkannt wird, schweigt das Gesetz über die Schädigungen, welche sich im aktiven Dienst ereignen. Man könnte vermuten, daß der Gesetzgeber die persönliche zivilrechtliche Haftpflicht der Militärpersonen im aktiven Dienst nicht anerkennen wollte. Vergegenwärtigt man sich aber das in Art. 117 B. V. aufgestellte Verantwortlichkeitsprinzip, so kann über die Schadenersatzpflicht auch im aktiven Dienst kaum ein Zweifel mehr bestehen [3]). Die Rechtsprechung hat sich denn auch für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärdienstpflichtigen ausgesprochen. Die Frage wurde aufgeworfen und durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich bejaht, als im Grenzdienst zwei Personen durch dienstliche Anordnungen ihr Leben verloren und die Hinterlassenen den verantwortlichen Offizier auf Schadenersatz belangten. Das Bezirksgericht Zürich verneinte die unmittelbare Haftung des Dienstpflichtigen, weil eine gesetzliche Bestimmung nur für den Uebungsdienst vorliege und für den aktiven Dienst eine solche fehle. Das Urteil äußert sich wie folgt [4]):

„Es frägt sich deshalb zunächst, ob für Schaden, der aus „solchen militärischen Handlungen entsteht, die Militärpersonen „gegenüber Privaten haften und von diesen zivilrechtlich belangt „werden können. Diese Frage ist zu verneinen. Bei den „Hand„lungen" eines Wehrmannes ist zu unterscheiden, in welcher „Eigenschaft sie von ihm erfolgen. Zweifelsohne kann der Wehr„mann, als Bürger im Wehrkleide, außerhalb seines militärischen „Kompetenz- und Handlungsbereiches privatrechtliche Geschäfte „eingehen und sich durch unerlaubte Handlungen verpflichten, „soweit er als Teilnehmer am bürgerlichen Rechtsleben auftritt. „Soweit er aber innerhalb seiner militärischen Funktionen, sei es „auf Grund militärischer Befehle, sei es auf Grund eigenen Ent„schlusses, für militärische Zwecke handelt, tritt der Wehrmann

[3]) Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Beamtenverantwortlichkeitsgesetz vom 23. Dezember 1850 (abgedruckt bei Kaufmann i. Z. f. schw. Recht n. F. Bd. 31, S. 601 ff.).

[4]) Aus dem Urteil vom 3. Februar 1920, S. 5/6.

„auf als das Organ der staatlichen Militärgewalt und damit scheidet „er aus der bürgerlichen Rechtssphäre aus. Der Wehrmann voll- „zieht in diesem Falle Handlungen als Glied des Heereskörpers, „ausgestattet mit außerordentlichen Befugnissen, die ihm die staat- „liche Militärhoheit verleiht, in Erfüllung von Pflichten und Betäti- „gung von Absichten, die ganz außerhalb seines persönlichen Inter- „essenkreises liegen und nur einem ihm übergeordneten Ganzen „dienen. Für diese Handlungen untersteht der Wehrmann nicht „der bürgerlichen Rechtsordnung. Es ist auch einleuchtend, daß „die einzelnen Maßstäbe des bürgerlichen Rechtes für die Beur- „teilung militärischer Handlungen nicht verwendbar sind und daß „insbesondere zivilrechtliche Begriffe wie „Sorgfalt, Verschulden" „usw. versagen, wenn man sie bei Tätigkeiten in Anwendung „bringen will, die sich nach ganz andern Zwecken und Gesichts- „punkten richten, als die Handlungen des bürgerlichen Lebens. „Für seine militärischen Handlungen ist der Wehrmann nur sei- „nen Vorgesetzten und letzten Endes dem Bund verantwortlich, „und zwar mit seiner Person und seinem Vermögen; ein Zugriff „einzelner Privater aber ist ausgeschlossen."

Gegen diese Auffassung der ersten Instanz wendet sich das zürcherische Obergericht [5]):

„Die Argumentation der Vorinstanz, „daß es der Stellung des „Wehrmannes sowohl als auch der richtigen Durchführung der „ihm vom Staate anvertrauten Aufgabe im Innersten widersprechen „würde, wenn er sich persönlich für . . . Unfälle gegenüber Zivil- „personen zu verantworten hätte", hält nicht Stich. Denn, was die „Stellung des Wehrmannes angeht, so soll und darf sie sich gerade „in unsern durch und durch demokratischen Verhältnissen, wo „das Heer ein Volksheer im besten Sinne des Wortes ist und sein „soll, nicht mehr von derjenigen des zivilen Bürgers unterscheiden, „als es zur Erfüllung der dem Wehrmann übertragenen Aufgabe „durchaus und unumgänglich nötig ist. Und die letztere anlangend, „wäre man ja vielleicht auf erstes Besinnen hin versucht, zu sagen, „daß durch das Nichtausschließen der persönlichen Haftung des „Wehrmannes seine Entschlußfähigkeit und Willenskraft bei der „Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben im gegebenen „Augenblick leiden könnten, weil ihn der Gedanke an die eigene „Haftbarkeit oft daran hindern könnte, eine entscheidende Aktion „mit all der Rücksichtslosigkeit und Genauigkeit auszuführen, „welche den erwarteten Erfolg versprechen. Es ist aber wohl zu

[5]) Aus einem Urteil der II. Kammer des zürch. Obergerichts vom 28. Juni 1920.

„beachten, daß es die Gerichte in der Hand haben, die Entstehung „einer solchen gefährlichen Mentalität bei den Wehrmännern zu „verhüten durch weitherzige und weitsichtige Beurteilung der Ver„schuldensfrage im einzelnen Falle, eine Beurteilung, die nicht „ihre Entstehung verdankt am Schreibtisch entstandenen Erwä„gungen, sondern der vernünftigen Würdigung der Realitäten des „Lebens."

Das Bundesgericht bestätigt die Auffassung des Obergerichtes und anerkennt die persönliche Schadenersatzpflicht des Militärdienstpflichtigen [6]). In einem späteren Entscheide anläßlich eines Prozesses, den die Hinterlassenen gegen den Bund anhoben, kommt dies deutlicher zum Ausdruck [7]).

„Daß sie (die Militärpersonen) aber pflichtwidrig handeln „können, ohne dafür verantwortlich zu werden, ist nicht gesagt „und würde sich auch mit Art. 69 des Gesetzes über die Straf„rechtspflege bei den eidgenössischen Truppen, wo Dienstverletzun„gen unter Strafe gestellt werden, also daran noch die weiter„gehende strafrechtliche Sanktion geknüpft wird, nicht in Einklang „bringen lassen."

Damit entscheidet sich das Bundesgericht grundsätzlich für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärpersonen, eine Auffassung, die es auch in späteren Entscheiden bestätigt hat.

II. Im besonderen.

Die gesetzlichen Bestimmungen, auf welche sich die Schadenersatzpflicht im Militärdienst zurückführt, sind verschieden je nach der Natur der staatlichen Tätigkeit. Tritt der Staat, bezw. an seiner Stelle die Dienstpflichtigen, den Bürgern als eine ihnen übergeordnete öffentlichrechtliche Körperschaft entgegen, so beurteilt sich seine Tätigkeit nach öffentlichem Recht. Daneben kann er aber auch als Fiskus mit den Privaten in Beziehung treten und untersteht dann den Bestimmungen des Privatrechts. Während der Staat dort eine Vorzugsstellung einnimmt, wird er hier den Privaten gleichgestellt. Was für Verrichtungen des Staates unter öffentliches Recht fallen, bestimmt das Recht selbst, welches allein entscheiden kann, wann das öffentliche Interesse vor den Einzelinteressen bevorzugt werden soll. Im Zweifelsfalle ist darauf abzustellen, ob das allgemeine Interesse gefährdet wird, wenn es dem Einzelinteresse gleichgesetzt wird.

---

[6]) Vgl. B. G. E. 47, II. 179.
[7]) Vgl. B. G. E. 47, II. 560.

Auch im Militärdienst kann der Staat als Fiskus auftreten. Privatrechtlicher Natur sind in Friedenszeiten die meisten Diensthandlungen, welche zum Unterhalt der Truppen dienen. Ein besonderer Schutz des öffentlichen Interesses ist hier in der Regel nicht notwendig, weil die Unterhaltsmittel auf dem Vertragswege beschafft werden können. Wenn der Fourier auf den Wochenmarkt fährt, um Einkäufe zu machen, so steht er der Gemüsefrau nicht anders gegenüber als eine Hausfrau, die ihre Einkäufe besorgt. Der Frau steht es frei, mit ihm zu verhandeln wie mit andern Leuten, und sie kann die Bundeskasse gegebenenfalls vor den Zivilgerichten einklagen. Im Gegensatz zu diesem privatrechtlichen Verkehr stehen die Armeelieferungen und die Requisitionen, welche ein Truppenkommandant im Feldverhältnis zwangsweise vornehmen läßt (Art. 171 und Art. 190 ff. V. R.). Hier tritt der Staat dem Einzelnen nicht mehr als Fiskus, sondern als ihm übergeordnetes Staatswesen gegenüber, und er kann den Widerspenstigen mit Gewalt zur Duldung der Requisitionen zwingen. Wann eine Requisition und wann ein Vertragsverhältnis vorliegt, ist hier nicht zu entscheiden. Wenn möglich, wird das Nötige immer auf vertraglichem Wege beschafft; reicht dies nicht aus oder widersetzen sich die Lieferanten, so darf auch im Friedensdienst zu Requisitionsleistungen geschritten werden. Es wird z. B. ein Vertrag geschlossen, wenn eine Einheit von einer Fuhrhalterei die fehlenden Vorspanne bestellt. Sind aber die Vorspanne aus irgend einem Grunde nicht erhältlich und müssen die Pferde auf der Straße ausgespannt werden, so liegt eine Requisitionshandlung vor [8]). Ausschlaggebend für die öffentlichrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses ist stets die ungleiche Stellung, in der sich Militärpersonen und Dritte gegenüberstehen.

1. Die Diensthandlungen privatrechtlicher Natur.

Bezüglich seiner privatrechtlichen Tätigkeit nimmt der Staat dieselbe Stellung ein wie eine juristische Person des Privatrechts [9]). Die privatrechtlichen Verrichtungen seiner Organe werden nach den Grundsätzen des Zivilrechtes beurteilt. Art. 59 Z. G. B. schließt die Geltung des Zivilrechtes nur da aus, wo der Bund und die Kantone als Körperschaften des öffentlichen Rechts auftreten. Handelt der Bund aber als Fiskus, so ist Art. 55 Z. G. B. auf ihn anwendbar. Er wird verpflichtet durch die Rechtsgeschäfte,

[8]) Vgl. V. R. Art. 268 betr. die Beschaffung von Transportmitteln auf dem Vertragswege.

[9]) Vgl. B. G. E. 41, II. 60 u. 569; B. G. E. 47, II. 497.

welche seine Dienstpflichtigen abschließen, sowie durch ihr außervertragliches Verhalten in der dienstlichen Stellung (Z. G. B. 55, Abs. 2). Wenn also der Dienstpflichtige in dienstlicher Eigenschaft tätig wird und seine Handlung eine privatrechtliche ist, so haftet der Staat immer.

a) Die Haftung aus Vertrag.

Da der Dienstpflichtige den Vertrag als Vertreter des Staates abschließt, ist eine Vertragsklage auch nur gegen den Staat selbst möglich. Das pflichtwidrig handelnde Organ kann der Staat disziplinarisch oder zivilrechtlich auf dem Wege des Rückgriffs zur Verantwortung ziehen. Schließt z. B. der Fourier mit der Gemüsefrau einen Kaufvertrag ab, so sind deshalb die aus dem Vertrag sich ergebenden Schadenersatzansprüche auch dann gegen den Bund zu richten, wenn der Fourier pflichtwidrig handelte.

b) Die außervertragliche Haftung.

Für die unerlaubten Handlungen aber, welche der Dienstpflichtige als Organ des Fiskus begeht und zu deren Verübung ihm die Dienstführung Gelegenheit bietet, haftet der Dienstpflichtige neben dem Staat persönlich. Der Geschädigte hat hier zwei Schadenersatzklagen, die er nebeneinander anheben kann: eine gegen den Bund, der gemäß Art. 55 Z. G. B. als juristische Person für das außerkontraktliche Verschulden seiner Organe haftet und eine gegen den schuldigen Dienstpflichtigen selbst, der nach Art. 41 ff. O. R. für seine unerlaubten Handlungen persönlich einzustehen hat. Eine gleichzeitige Haftung des Bundes ist aber nur möglich, wenn die schuldhafte Handlung des Dienstpflichtigen mit seiner dienstlichen Stellung noch in irgend einem Zusammenhang steht [10]). Wo dies der Fall ist, kann auch hier nur im einzelnen Fall beurteilt werden [11]). Es ist z. B. denkbar, daß die Haftung des Staates anerkannt würde, wenn der Fourier bei seinem Marktbesuch aus Nachlässigkeit einen Eierkorb umwirft. Keine Diensthandlung mehr ist es aber, wenn er den Eierkorb aus persönlicher Rache umstößt, um die Eierfrau zu schädigen.

2. Die Diensthandlungen öffentlichrechtlicher Natur.

Art. 41 O. R. verpflichtet jeden zum Schadenersatz, der einem andern widerrechtlich Schaden zufügt. Ausnahmen davon sind nur möglich, soweit sie das Gesetz selbst zuläßt. Für die öffentlich-

[10]) Vgl. Huber: Erläuterungen, S. 58 u. S. 78.
[11]) Siehe unten S. 52 ff. und S. 68 ff.

rechtliche Seite der Staatstätigkeit stellen Art. 59 Z. G. B. und Art. 61 O. R. zwei Ausnahmen auf.

Art. 59, Abs. 1, schließt die Geltung des Zivilrechtes für die öffentlichrechtlichen Körperschaften schlechthin aus, und Art. 61 bestimmt, daß Bund und Kantone abweichende Bestimmungen für die Schadenersatzpflicht der öffentlichen Beamten oder Angestellten aufstellen können.

Auch dem Bund muß das Recht zustehen, für die Militärdienstpflichtigen abweichende Bestimmungen über die Schadenersatzpflicht zu erlassen. Art. 61 O. R. will zwar in erster Linie den Kantonen ermöglichen, die Beamtenverantwortlichkeit durch eine abweichende Regelung ihren besonderen Verhältnissen anzupassen. Da die Stellung der Beamten in den einzelnen Kantonen noch sehr verschieden ist, verzichtete man darauf, im Obligationenrecht allgemeine Bestimmungen über die Beamtenverantwortlichkeit aufzustellen [12]), und stellte dies der kantonalen Gesetzgebung anheim. Das Bedürfnis für eine abweichende Regelung liegt aber überall da vor, wo jemand eine öffentlichrechtliche Stellung bekleidet, mit welcher besondere Rechte und Pflichten verbunden sind, also auch für Militärpersonen [13]). Der Bund, dem das ausschliessliche Gesetzgebungsrecht über das Militärwesen zusteht, muß also ganz abgesehen von Art. 61 O. R. berechtigt sein, die Bestimmungen der Art. 41. ff. O. R. durch abweichende Vorschriften für den Militärdienst zu ersetzen.

Art. 61 O. R. schließt nun aber die Anwendung des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts auf öffentliche Beamte und Angestellte nicht ohne weiteres aus, sondern nur dann, wenn an ihre Stelle abweichende Bestimmungen treten. Der Gesetzestext sagt ausdrücklich: der Bund und die Kantone können abweichende Bestimmungen aufstellen. Also gelten Art. 41 ff. des O. R. subsidiär auch für die öffentlichen Beamten und Angestellten, d. h. wo keine besonderen Bestimmungen erlassen worden sind, bleibt die obligationenrechtliche Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen bestehen [14]). Deutlicher kommt dies im französischen und italienischen Gesetzestext zum Ausdruck: „La législation fédérale et cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre . . . .“ und „le leggi federali e cantonali possono derogare alle disposizioni di questo capo . . . .“ Hier wird besonders auf den ganzen zweiten Abschnitt (chapitre, capo) des Obligationenrechts verwiesen.

[12]) Wie z. B. B. G. B. § 831 u. § 839.
[13]) Vgl. Oser: Komm., S. 248 u. Becker: Komm., S. 261.
[14]) Vgl. B. G. E. Bd. 13, S. 512.

Dasselbe nahm das Bundesgericht von Art. 64 des alten Obligationenrechts an, welcher gleich lautete wie der heutige Art. 61. „Da wo der Gesetzgeber dem Obligationenrecht wirklich bloß subsidiäre Bedeutung beilegen wollte, ist dies im Gesetz unzweideutig ausgedrückt (Art. 64 und Art. 896 O. R.) [15])."

Bestehen also keine abweichenden Bestimmungen über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärpersonen, so beurteilen sich auch ihre dienstlichen Verrichtungen öffentlichrechtlicher Natur nach dem zivilen Schadenersatzrecht [16]). Dies ist nicht nur von Wichtigkeit, wenn überhaupt keine abweichenden Bestimmungen erlassen wurden, sondern auch dann, wenn die bestehenden abweichenden Vorschriften unvollständig sind, was meistens der Fall sein wird. Dann treten in die Lücken die entsprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts als subsidiäres Recht, es sei denn, daß die ausdrücklichen Bestimmungen etwas anderes erkennen lassen. In der Regel trifft das für Bestimmungen zu, welche z. B. die Art und Größe des Schadenersatzes festsetzen oder dem Richter die Befugnis geben, den ziffermäßig nicht nachweisbaren Schaden nach eigenem Ermessen festzusetzen usw. [17]).

Ueber die abweichenden Bestimmungen selbst sagt Art. 61 O. R. nichts. Es ist anzunehmen, daß den Kantonen hierin vollständige Freiheit gelassen wird. Sie können die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches nur an erschwerende Voraussetzungen knüpfen, sie werden aber die Haftung auch ganz oder teilweise ausschließen können. Auch der Bund wird an keine Schranken gebunden sein. Eine abweichende Bestimmung, welche die Schadenersatzpflicht ganz ausschließt, ist z. B. Art. 1, Abs. 2 B. V. G. betreffend die Unverantwortlichkeit der National- und Ständeräte für ihr Votum. Eine abweichende Regelung der zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht im Sinne von Art. 61 O. R. ist es aber auch, wenn der Staat primär oder subsidiär für das Verschulden seiner Organe einstehen will [18]).

Die Praxis bezieht deshalb Art. 61 O. R. auf alle Personen, welche eine öffentliche Stellung bekleiden. So weist das Bundesgericht darauf hin, daß Art. 61 den Begriff öffentlicher Beamter im weitern Sinne gebrauche; die ratio legis bezwecke, daß bei der Regelung der Schadenersatzpflicht aus öffentlichrechtlichen Verrichtungen neben den zivilrechtlichen auch öffentlichrechtliche

[15]) Vgl. B. G. E. Bd. 16, S. 801.
[16]) Vgl. B. G. E. Bd. 13, S. 512.
[17]) Vgl. Escher, S. 168.
[18]) Vgl. Hafner: Komm. zu Art. 64, Anm. 2.

Gesichtspunkte berücksichtigt werden. „Denn das Interesse an „der Gestaltung der öffentlichen Verwaltung ist dabei ganz wesent„lich im Spiel, ob dem Beamten bei der Ausübung seiner Amts„handlungen eine größere oder geringere Verantwortlichkeit gegen„über Dritten auferlegt werde, ob eine Verantwortlichkeitsklage „gleich gewöhnlichen Schadenersatzklagen ohne weiteres beim Ge„richt anhängig gemacht werden könne oder eine Vorprüfung oder „vorgängige Bewilligung der Verwaltungsbehörden erfordere, ob „der Staat die Haftung subsidiär oder primär zu übernehmen habe, „und endlich, wie in letzterem Falle ein Regreß des Staates gegen„über dem Beamten zu ordnen sei [19])."

Die Anwendung von Art. 61 O. R. wird z. B. zugelassen auf Mitglieder eines Parlamentes [20]) und auf amtliche Notare [21]). Dem Geiste dieser Rechtsprechung entspricht es auch, wenn Art. 61 O. R. auf Militärpersonen angewendet wird. Jedenfalls trifft auch bei ihnen zu, was das Bundesgericht an anderer Stelle sagt, daß die Gesetzesbestimmung eine Anpassung des zivilrechtlichen Schadenersatzes an öffentliche Verhältnisse bezwecke. Das Bundesgericht hat schon früher einmal den Art. 64 des alten Obligationenrechts (welcher dieselbe Bedeutung hatte wie der jetzige Art. 61) auf einen Offizier bezogen. Es ging dabei allerdings von der Annahme aus, der Offizier sei Beamter.

A. Die abweichenden Bestimmungen.

Wie schon erwähnt, wurden zur Begründung der Schadenersatzpflicht im Militärdienst die verschiedenartigsten Vorschriften angeführt [22]). Es sollen deshalb im folgenden alle rechtlichen Bestimmungen auf ihre Anwendbarkeit untersucht werden, welche für die militärdienstlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 61 O. R. als abweichende Bestimmungen in Frage kommen könnten. Bestimmungen dieser Art enthalten:

das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850;

das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851;

das Bundesgesetz über die Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889;

---

[19]) Vgl. B. G. E. Bd. 19, S. 847.
[20]) Vgl. B. G. E. 31, II. 718.
[21]) Vgl. B. G. E. 27, II. 299.
[22]) S. oben S. 7 ff.

das Verwaltungsreglement für die schweizerische Armee, genehmigt durch einen Bundesbeschluß vom 27. März 1885, und

die Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907.

Während das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz, das Militärstrafgesetz, die Militärstrafgerichtsordnung und die Militärorganisation auf ordentlichem Wege erlassene Bundesgesetze sind, beruht das Verwaltungsreglement auf einer durch Bundesbeschluß genehmigten Verordnung des Bundesrates. Da aber auch durch Bundesbeschlüsse und durch Verordnungen Bestimmungen allgemein verbindlicher Natur erlassen werden können, so ist es möglich, daß auch das Verwaltungsreglement Rechtssätze enthält, auf die sich Dritte beziehen dürfen [23]).

a) Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz (Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Beamten und Behörden vom 9. Dezember 1850). Das Gesetz beschränkt seine persönliche Geltung auf die Mitglieder des National- und Ständerates (Art. 1), die Mitglieder der eidgenössischen vollziehenden und richterlichen Behörden, die übrigen Beamten und Personen, welche entweder provisorisch ein Amt bekleiden oder eine vorübergehende amtliche Funktion ausüben (Art. 2). Im Gesetze selbst findet sich für die Bedeutung der Begriffe: Beamter, amtliche Funktion und Geschäftsführung kein Anhaltspunkt. Andere Gesetze deuten aber darauf hin, daß jeder, der ein Amt bekleidet oder eine amtliche Funktion ausübt, einen bestimmten Kreis von Geschäften innerhalb der staatlichen Verwaltung zugewiesen bekomme [24]). Auch der Wehrmann bekommt einen bestimmten Pflichtenkreis übertragen, wenn er in den Militärdienst tritt, und es gibt Autoren, welche die Tätigkeit des Heeres unter die weitere Verwaltungstätigkeit des Staates rechnen [25]). Trotzdem können die Militärdienstpflichtigen den Beamten, bezw. die militärdienstlichen den amtlichen Funktionen im Sinne des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes nicht einfach gleichgesetzt werden.

---

[23]) Vgl. Salis (III. Nr. 1247) bezeichnet das ganze Verwaltungsreglement als Rechtsverordnung, was aber nicht für alle Bestimmungen zutreffen kann.

[24]) Vgl. das Bundesgesetz vom 25. Dezember 1851 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft Art. 6, den Bundesbeschluß vom 14. Mai 1885 betr. die Amtsdauer der eidgenössischen Beamten und das Bundesgesetz vom 24./26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung Art. 13 u. Art. 43 ff.

[25]) Vgl. O. Mayer: Verwaltungsrecht I, S. 1 ff. und Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, S. 5.

Nach schweizerischem Recht beruht das Heer auf dem System der allgemeinen Wehrpflicht. Daraus ergeben sich für das militärische Dienstverhältnis zwei wesentliche Unterschiede gegenüber dem Beamtenverhältnis, bezüglich der Dauer, während welcher sie die dienstlichen Pflichten ausüben, und bezüglich der Begründung des militärischen Dienstverhältnisses.

Während der Beamte seine Pflichten berufsmäßig ausübt, leistet der Wehrmann seinen Dienst neben dem Beruf in Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht. Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz spricht aber auch von Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder eine vorübergehende amtliche Funktion übernehmen (B. V. G. 2). Der Beamtenverantwortlichkeit ist also jedermann unterworfen, der überhaupt amtliche Verrichtungen ausübt, gleichgültig, ob dies berufsmäßig oder nur vorübergehend geschieht. Das Gesetz stellt allein auf den amtlichen Charakter der schädigenden Handlung ab. Die Tatsache, daß die Militärpersonen ihre Dienstverrichtungen meistens nicht als Beruf sondern nur vorübergehend ausüben, kann somit für die Anwendbarkeit des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes kein Hindernis sein.

Der andere Unterschied zwischen dem militärischen Dienstverhältnis und dem Beamtenverhältnis liegt in der Begründung des Rechtsverhältnisses. Die Uebernahme von amtlichen Pflichten ist in der Regel auf einen freiwilligen Entschluß zurückzuführen. Der zu leistende Militärdienst aber wird durch das Gesetz für jeden Dienstpflichtigen vorgeschrieben [26]). Darüber hinaus kann sich der Einzelne allerdings freiwillig zu weiteren Dienstverrichtungen verpflichten, wird dann aber rechtlich gleich behandelt wie einer, der seine gesetzliche Dienstpflicht erfüllt [27]). Der gesetzliche Zwang zur Ausübung von dienstlichen Handlungen dürfte es rechtfertigen, den zu einer Dienstpflicht gezwungenen Bürger günstiger zu stellen als den Beamten, welcher die Verantwortung für seine amtliche Stellung freiwillig auf sich nimmt und deshalb auch die Möglichkeit hat, sich selbst zu prüfen, ob er den durch die öffentliche Stellung an ihn gerichteten Anforderungen gewachsen ist. Hat man aber nur die Wahl zwischen der obligationenrechtlichen Schadenersatzpflicht und der Beamtenverantwortlichkeit, so ist diese dem gemeinen Schadenersatzrecht vorzuziehen, weil sie bereits dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis angepaßt ist. Die Stellung der Militärpersonen ist, trotzdem diese sich von den Beamten unterschei-

---

[26]) Vgl. B. G. E. 45, I. 31.

[27]) Vgl. B. B. betr. die Organisation der Bewachungstruppen vom 7. Januar 1919.

den, der Beamtenstellung ähnlicher als derjenigen eines gewöhnlichen Privaten. Wenn darum das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz den zivilen Dienstpflichtigen eine Vorzugsstellung in bezug auf das Schadenersatzrecht einräumt, so darf dies ohne Bedenken auch für die Militärdienstpflichtigen geschehen, für welche das Bedürfnis der Anpassung an öffentlichrechtliche Verhältnisse ein gesteigertes ist. Die Bestimmungen über die Beamtenhaftpflicht werden jedenfalls die Besonderheiten der militärischen Stellung besser berücksichtigen als die auf das bürgerliche Leben zugeschnittenen Bestimmungen des Obligationenrechtes.

Das materielle Schadenersatzrecht der Beamten kann also auch für die Militärpersonen übernommen werden. Materiell sprechen keine Gründe gegen eine analoge Anwendung des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes auf Militärpersonen. Da das ganze Beamtenverantwortlichkeitsgesetz aber auf der Verfolgungsermächtigung beruht und die Anhebung einer zivilrechtlichen Klage vom vorgängigen Entscheid der den Beamten vorgesetzten Behörde abhängig macht, so kann das Gesetz nicht als Ganzes auf Militärpersonen angewendet werden. Es muß unterschieden werden zwischen seinen formellen und materiellen Bestimmungen. Während erstere, die sich mehr auf das Verfahren beziehen, nur für die dem Bundesrat, dem Bundesgericht etc. unterstehenden Dienstpflichtigen gelten, können die materiellen Bestimmungen, welche den Umfang der Schadenersatzpflicht gegenüber dem allgemeinen Schadenersatzrecht einschränken, auch auf Militärpersonen Anwendung finden.

Materielle Bestimmungen über die Schadenersatzpflicht enthält das Bundesgesetz aber nur in Art. 4, welcher die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung umschreibt, ferner in Art. 7, der die Voraussetzungen für die Schadenersatzklage aufstellt, und in den Art. 10—12 betreffend die Verjährung. Die übrigen Bestimmungen sind formeller Natur, die einer Anwendung auf militärdienstliche Handlungen entgegenstehen. Der Gesetzgeber ging bei der Aufstellung des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes von der Erwägung aus, daß die disziplinarische, die zivilrechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Deshalb gestaltete er die Geltendmachung eines Anspruches so, daß, bevor ein Beamter durch ein Gericht verurteilt werden kann, stets ein Entscheid der vorgesetzten Behörde und damit eine Voruntersuchung betreffend die disziplinarische Verantwortlichkeit des Beamten stattgefunden hat[28]). Als Ganzes be-

[28]) Vgl. Escher, S. 155.

trachtet, stellt das Gesetz eine Einheit dar, in welcher disziplinarische, strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung miteinander verbunden sind (B. V. G. 5). Sie stehen alle drei im Zusammenhang mit der aus dem öffentlichen Dienstverhältnis entspringenden Dienstgewalt. Das zeigt sich darin, daß die Verfolgungsermächtigung als prozessuale Voraussetzung für die Belangbarkeit eines Beamten stets von der Behörde erteilt wird, welche als oberste, dem angeschuldigten Beamten vorgesetzte Behörde die Dienstgewalt über ihn ausübt (Art. 18, Art. 31 ff. und Art. 39). Diese Regelung entspricht dem Verfolgungsermächtigungsverfahren, demzufolge allein eine dem Beamten übergeordnete Behörde entscheiden kann, ob die gerichtliche Klage angehoben werden könne oder nicht [29]).

Wollte man für die Militärpersonen die analoge Regelung treffen, so wäre zur Erteilung der Verfolgungsermächtigung über einen angeklagten Soldaten derjenige Vorgesetzte zuständig, welcher die höchste Dienstgewalt über den Beklagten inne hat, also in Friedenszeiten der oberste im Militärdienst stehende Truppenführer und im aktiven Dienst der General. Das Militärdepartement übt nur ausnahmsweise Disziplinarbefugnisse über die im Dienst stehenden Personen aus, nämlich, wenn der Vorgesetzte findet, „daß in einem Fall zwar Disziplinarstrafe geboten sei, daß aber die eigene Strafbefugnis zu entsprechender Ahndung nicht hinreiche", vertritt das Militärdepartement den nächsthöheren Vorgesetzten, wenn er sich nicht im Militärdienst befindet (D. R. 36). Regelmäßig wird auch die Voruntersuchung von den Schul- und Truppenkommandanten verfügt. Vom Bundesrat wird sie nur angehoben, wenn sich eine Anklage gegen Militärpersonen richtet, welche der Beurteilung durch das außerordentliche Militärgericht unterstellt sind, und vom Militärdepartement in Fällen wie z. B. den oben erwähnten (M. St. G. O. 110). Dort ist eine Durchbrechung des Grundsatzes geboten, weil sich die Anklage gegen die obersten Führer des Heeres richtet, hier vertritt das Militärdepartement nur den nicht mehr im Dienst befindlichen Vorgesetzten des Schuldigen. Aus diesen Ausnahmefällen, wo der Bundesrat oder das Militärdepartement den Militärpersonen übergeordnet werden, darf jedoch nicht darauf geschlossen werden, daß sie die Dienstgewalt über alle Militärpersonen inne haben. Die Regel bleibt, daß die Dienstgewalt von den militärischen Vorgesetzten des Dienstpflichtigen ausgeübt wird, also letzten Endes vom höchstkommandierenden Truppenführer oder vom General. Unter diesen Um-

[29]) Vgl. Hauriou: Précis du droit administratif (7. Aufl.), S. 94 und Fleiner: Institutionen (Auflage 6 u. 7), S. 269.

ständen kann eine Verfolgungsermächtigung über Militärpersonen nicht vom Bundesrat ausgehen, d. h. die formellen Bestimmungen des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes gelten für die Militärdienstpflichtigen nicht.

Die Rechtsprechung bringt diese Auffassung in einigen neuern Entscheidungen zum Ausdruck. Früher nahm das Bundesgericht an, der Offizier sei Beamter und unterwarf ihn demgemäß dem B. V. G. „Si l'on supposait qu'un officier est un employé ou fonc„tionnaire public, la responsabilité civile de ses actes en pourrait, „aux termes de l'article 64 C. O., être réglée par les articles 50 et „suivants du dit code, s'il n'y a pas de loi spéciale dérogeant aux „dispositions du droit commun. Or, cette dérogation existe: Elle est „contenue dans la loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la respon„sabilité des autorités et des fonctionnaires de la confédération. Une „action civile n'est possible contre un employé ou un fonctionnaire „de cette catégorie pour des actes commis dans l'exécution de ses „fonctions, qu'après prononcé du Conseil Fédéral (Art. 43), et la „question de responsabilité civile en son entier est réglée par cette „loi, spécialement par ses articles 4, 5 et 7 à l'exclusion des art. 50 „etc. C. O. sur lesquels le demandeur prétend fonder son „action [30])."

Trotzdem der Entscheid besonders auf die Art. 4, 5 und 7 hinweist, welche vorwiegend die materiellen Voraussetzungen für eine Zivilklage enthalten, geht das Bundesgericht vom Standpunkt aus, daß das B. V. G. „en son entier" auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärpersonen Anwendung finde. Diese Ansicht ist nicht richtig, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht. Das Bundesgericht hat heute diesen Standpunkt auch verlassen und gestattet eine Anwendung des B. V. G. auf Militärpersonen nur noch a fortiori, d. h. es finden nur diejenigen materiellen Voraussetzungen Anwendung, welche die weitergehenden obligationenrechtlichen Schadenersatzbestimmungen einschränken. Es begründet die beschränkte Anwendung folgendermaßen [31]):

„Denn über die Verantwortlichkeit der Organe des Bundes „hinsichtlich ihrer „amtlichen Geschäftsführung" und des Bundes „für sie besteht tatsächlich ein besonderer Erlaß, das Bundesgesetz „über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und „Beamten vom 9. Dezember 1850, dem kraft ausdrücklicher Be„stimmung auch diejenigen unterstehen, die nur provisorisch ein

[30]) Vgl. B. G. E. 34, II. 838.
[31]) Vgl. B. G. E. 47, II. 504 u. Bd. 47, II. 559.

„Amt bekleiden oder eine vorübergehende amtliche Funktion über-
„nehmen und dessen Regeln auf die speziellen mit Einschluß der
„Umschreibung der davon betroffenen Personen kraft Art. 61
„O. R., 59 Z. G. B. unter allen Umständen den allgemeinen dieser
„Gesetze vorgehen müssen. Die Gründe, welche zu dieser Sonder-
„regelung geführt haben, treffen aber a fortiori für das militä-
„rische Dienstverhältnis zu, und es könnte die Haftung der
„Militärpersonen und des Bundes für sie aus einer in Erfüllung
„militärischer Aufgaben vorgenommenen und als solche unter den
„Regeln der öffentlichen militärischen Dienstpflicht stehenden
„Handlung jedenfalls keine weitergehende sein als diejenige aus
„den Amtsverrichtungen der gewöhnlichen Beamten und Ange-
„stellten, mag man sie nun diesen beizählen oder nicht, wie denn
„auch ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit, von der aller Regel
„nach die Verpflichtung zum Schadenersatz abhängen würde,
„nicht durch das gemeine Strafrecht, sondern im Bundesgesetz
„über die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen vom
„27. August 1851 besonders geordnet ist. . . . . .

„Das geltende öffentliche Recht des Bundes aber, nämlich das
„Verantwortlichkeitsgesetz von 1850, über dessen Grundsätze nach
„dem Gesagten jedenfalls nicht hinausgegangen werden könnte,
„wenn man nicht schon diese analoge Anwendung wegen des
„innern Unterschiedes zwischen dem gewöhnlichen Beamtenver-
„hältnis und der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht als zu
„weitgehend ablehnen will, kennt . . . . . u. s. f.“

Die Praxis des Bundesgerichtes entspricht dem oben Gesagten und bringt die rechtlichen Beziehungen zwischen Beamten und Militärpersonen zum Ausdruck. Einerseits anerkennt sie die Aehnlichkeit, welche zwischen dem militärischen Dienstverhältnis und dem Beamtenverhältnis besteht und nimmt darum an, daß die Militärpersonen nicht weitergehend haften dürfen als die Beamten selbst; anderseits ist sie sich aber des innern Unterschiedes zwischen den beiden Dienstverhältnissen bewußt und verbietet darum die unmittelbare Anwendung des B. V. G. auf Militärpersonen.

Abgesehen von den Instruktionsoffizieren, die dem B. V. G. unterstehen, wenn sie in ihrer Beamten-Eigenschaft handeln, unterstehen aber auch einzelne Militärpersonen dem B. V. G. Art. 18 ff. B. V. G. stellen besondere Haftungsbestimmungen auf für die Organe, welche von der Bundesversammlung gewählt werden. Das betrifft unter den Militärpersonen den General und die Mitglieder des außerordentlichen Militärgerichtes (B. V. 85 und M. St. G. O. 21).

Die Anhebung einer Zivilklage gegen diese Personen ist abhängig vom Beschluß der beiden Räte [32]). Anerkennen sie die Erheblichkeit der Klage, so wird sie dem Bundesgericht überwiesen und gelangt nach den Vorschriften des Bundeszivilprozesses zur Beurteilung. Erklären sie die Zivilklage unerheblich, so kann der Geschädigte gegen den Bund selbst auf Schadenersatz klagen. Die Schadenersatzpflicht des Bundes wird aber erst durch das bundesgerichtliche Urteil begründet und nicht schon durch den Unerheblichkeitsbeschluß der beiden Räte, welcher nur die Passivlegitimation zur Klage vom Beamten auf den Bund überträgt. Beim außerordentlichen Militärgericht kann auch der Fall eintreten, daß der Bund für das Betreffnis einzelner Mitglieder subsidiär haftet. Diese von den zivilrechtlichen Bestimmungen abweichende Haftung wird hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt; ihre praktische Bedeutung ist gering.

b) Das Militärstrafgesetz und die Militärstrafgerichtsordnung (Bundesgesetz über die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851 und das Bundesgesetz über die Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889). Weitere Gesetzesbestimmungen, welche sich auf die Schadenersatzpflicht der Militärpersonen beziehen, sind Art. 12 M. St. G. in Verbindung mit Art. 177 ff. M. St. G. O. und Art. 199 ff. M. St. G.

1. Art. 12 M. St. G. steht unter dem Titel „Von den Strafen und ihren Wirkungen" und bestimmt, daß der Schuldige neben der Strafe den aus der strafbaren Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Dieser Artikel ist aber nicht gesetzliche Grundlage für eine Schadenersatzpflicht, sondern enthält eine rein prozessuale Bestimmung, welche den Geschädigten berechtigt, seine privatrechtlichen Ansprüche adhäsionsweise im militärischen Strafverfahren geltend zu machen. Schon daß Art. 12 in einem Strafgesetzbuch steht, deutet darauf hin. Dann aber steht Art. 12 unter dem Abschnitt, der von den Strafen und ihren Wirkungen handelt und spricht ausdrücklich von einem „Schuldigen", welcher den Schaden zu ersetzen habe. Demnach wird Art. 12 nur dann für eine Schadenersatzklage von Bedeutung, wenn sie in Verbindung mit einer Strafklage auftritt [33]). Die von einer Strafklage unabhängige Zivilklage könnte aber nicht mit Art. 12 M. St. G. begründet werden.

---

[32]) Vgl. Escher, S. 178 ff.

[33]) Vgl. v. Salis, III. Nr. 1253.

In diesem Sinne sprechen sich auch Art. 177 ff. der M. St. G. O. aus, welche das durch Art. 12 M. St. G. aufgestellte Recht auf die adhäsionsweise Behandlung des Schadenersatzanspruches näher ausführen. Art. 177 bestimmt: „Privatrechtliche Ansprüche aus „einer unter das M. St. G. fallenden Handlung können vor den „Militärgerichten geltend gemacht werden. Die Militärgerichte sind „berechtigt, die Behandlung solcher Ansprüche abzulehnen.“ Und Art. 181 fügt hinzu: „Lehnt das Militärgericht die Behandlung „eines privatrechtlichen Anspruches ab, so behält der Geschädigte „das Recht, den Anspruch vor den bürgerlichen Gerichten zu ver- „folgen.“

Auch diese Artikel beziehen sich auf die adhäsionsweise Behandlung eines Zivilanspruches im Strafverfahren. Beide Gesetzesstellen halten aber daran fest, daß ein privatrechtlicher Anspruch, also auch der Schadenersatzanspruch, grundsätzlich vor die bürgerlichen Gerichte gehört. Die Bestimmung, daß die Zivilklage zusammen mit der Strafklage durch ein Militärgericht beurteilt werden kann, bezweckt nur die Ersparnis eines parallelen Prozessverfahrens für den Geschädigten. Wenn sie aber die Militärpersonen der Beurteilung durch die zivilen Gerichte hätte entziehen wollen, so würde Art. 181 nicht das Recht des Klägers vorbehalten haben, den Anspruch vor den bürgerlichen Gerichten einzuklagen. Geht das für die strafbaren Handlungen aus den gesetzlichen Bestimmungen unmittelbar hervor, so liegt kein Grund vor, die Schadenersatzklage aus bloß dienstpflichtwidrigen Handlungen den Zivilgerichten zu entziehen. Wie die Zivilgerichte im Falle des Art. 181 befugt sind, unabhängig vom strafgerichtlichen Urteil über den Schadenersatzanspruch zu erkennen, so werden sie darüber ebenso unabhängig von einem Disziplinarentscheid der vorgesetzten Dienststelle entscheiden können.

2. Diese Bestimmungen können die allgemeine Schadenersatzpflicht nicht abändern. Dagegen ändern sie Art. 199 ff. M. St. G. in eigenartiger Weise. Art. 198 stellt zunächst wieder fest, daß bürgerliche Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich vor die bürgerlichen Gerichte gehören. Art. 199 ff. machen davon eine Ausnahme: „Einzig „über Ansprachen, welche den Betrag von Fr. 25. — neuer Wäh- „rung nicht übersteigen und von der Zeit herrühren, während „welcher sich der Beklagte im Militärdienst befindet, urteilen die „militärischen Obern auf Anrufen des Klägers, solange der Be- „klagte bei der Armee sich befindet, nach Anleitung der folgenden

„Artikel." Alle diese Ansprüche können unmittelbar an den Kommandanten des Korps gerichtet werden, welcher trachten soll, den Streit in Minne beizulegen. Wo dies nicht möglich ist, entscheidet er denselben sofort nach angestellter summarischer Untersuchung, ohne daß eine Weiterziehung statt hat. Bei Ansprüchen über Fr. 25.— treffen die Kommandanten eine provisorische Entscheidung; die Parteien können aber „nach beendigtem Feldzug" den Streitfall vor die bürgerlichen Gerichte bringen, deren Stellungnahme durch die vorgängige Entscheidung nicht präjudiziert wird. Das M. St. G. läßt diese ausnahmsweise Gestaltung der zivilrechtlichen Haftung nur für bürgerliche Handlungen zu. Im Gegensatz zu den dienstlichen Handlungen, die der Militärdienstpflichtige in der Ausübung seiner gesetzlichen Dienstpflicht vornimmt, handelt er hier in seiner Eigenschaft als Bürger. Darunter fallen alle die kleinen Verfehlungen, welche außerhalb der Dienstzeit, z. B. im Kantonnement, im Wirtshaus etc., vorkommen können und deren rasche Erledigung an Ort und Stelle im Interesse des Geschädigten und des Dienstpflichtigen liegt. Obwohl sich diese Bestimmungen auf das außerdienstliche Verhalten beziehen, können darunter auch Tatbestände fallen, welche mit der Dienstführung in engem Zusammenhang stehen und deren Abgrenzung von den Diensthandlungen schwierig sein wird.

c) Das Verwaltungsreglement (durch Bundesbeschluß genehmigt am 27. März 1885). Art. 280 des Verwaltungsreglementes bestimmt ganz allgemein, daß Schaden, der durch Ausübung militärischer Anordnungen an öffentlichem oder privatem Eigentum verursacht wird, durch die Kriegsverwaltung unter Vorbehalt der in Art. 293 und 294, Lemma 1, bezeichneten Fälle zu vergüten sei. Art. 293 schließt die Entschädigungspflicht aus, wenn beim Betreten von Grundstücken kein sichtlicher Schaden entstanden ist, für die den Grundeigentümern durch die Truppenübungen entstandenen Inkonvenienzen oder ihnen hierdurch entgangenen Gewinn und für Beschädigungen der Uebungs- und Schießplätze, welche die Gemeinden zur Verfügung zu stellen haben. Art. 294, Abs. 1, sagt dasselbe von den Parkplätzen. Die allgemeine Fassung von Art. 280 V. R. läßt darauf schließen, daß eine Entschädigungspflicht des Bundes für alle Sachbeschädigungen besteht, welche durch militärische Verrichtungen verursacht werden, im Instruktionsdienst wie im aktiven Dienst. Einer so allgemeinen Entschädigungspflicht steht aber Art. 28 M. O. entgegen, welcher die Entschädigungspflicht des Bundes auf Sachschäden beschränkt, die infolge militärischer Uebungen verursacht werden.

Daneben dehnt allerdings Art. 203 M. O. die Entschädigungspflicht wieder aus auf die Ueberlassung von beweglichem und unbeweglichem Eigentum im Kriegsfalle und im Falle drohender Kriegsgefahr. Im letztern Falle handelt es sich aber nicht um einen eigentlichen Schaden, sondern um die zwangsweise Ueberlassung (Requisition) von fremdem Eigentum, wovon sich die Schädigungen im eigentlichen Sinne unterscheiden.

Welche von den beiden Bestimmungen gilt nun, das Verwaltungsreglement oder Art. 28 M. O.? Das V. R. wurde im Jahre 1885 auf Grund der alten Militärorganisation vom 13. Wintermonat 1874 erlassen. Die Militärorganisation von 1874 anerkannte eine Entschädigungspflicht des Bundes für alle Sachbeschädigungen [34]), welche durch militärische Anordnungen verursacht wurden. Damit standen die Art. 280 ff. des Verwaltungsreglementes mit der Militärorganisation auch nicht in Widerspruch [35]). Der Widerspruch entstand erst, als die neue, jetzt geltende M. O. vom 12. April 1907 die Enschädigungspflicht des Bundes auf die militärischen Uebungen beschränkte. Art. 28 M. O. muß aber den Bestimmungen des V. R. vorgehen, nicht nur, weil er Gesetzesbestimmung ist, sondern auch, weil er den Bestimmungen des V. R. als lex posterior vorgeht. Das geht auch daraus hervor, daß die a. M. O. die Entschädigungspflicht für Requisitionen und die Schadenersatzpflicht für Kriegsschäden in einem einzigen Artikel behandelte, während die neue M. O. von 1907 diesen einen Artikel in zwei Gesetzesbestimmungen aufgelöst hat, von denen sich die eine nur auf die Entschädigungspflicht für Requisitionen und die andere auf die Schadenersatzpflicht für Uebungsschäden bezieht. Der Gesetzgeber wird dies kaum ohne Grund getan haben, vielmehr wollte er damit die in Art. 226 ganz allgemein gefaßte Schadenersatzpflicht in Art. 28 M. O. auf die militärischen Uebungen beschränken. Will man die Schadenersatzpflicht weiter ausdehnen, so setzt man sich in Widerspruch mit dem Willen des Gesetzes. Beschränkt die M. O. von 1907 die Entschädigungspflicht des Staates auf militärische Uebungen, so finden die Bestimmungen des V. R. nur noch im Rahmen der durch die M. O. eingeschränkten Haftung Anwendung. Von der Einschränkung der Entschädigungspflicht werden jedoch die übrigen Bestimmungen des V. R., welche vorwiegend eine Regelung des Schätzungsverfahrens bezwecken, nicht berührt, solange die Bundesversammlung nicht in

---

[34]) Vgl. Salis, III. Nr. 1248 u. 1249.

[35]) Art. 286, 293c, 294, 298 V. R. verweisen auf die Artikel der a. M. O.

Ausführung von Art. 28, Abs. 2 M. O., abweichende Vorschriften betreffend das Verfahren erlassen hat [36]).

Damit wird gleichzeitig die Zuständigkeit des Bundesgerichtes und der im Verwaltungsreglement vorgesehenen Expertenkommissionen abgegrenzt. Handelt es sich um die grundsätzliche Frage, ob der Bund dem Geschädigten hafte (z. B. bestreitet der Kläger, daß eine Dienstverrichtung des aktiven Dienstes vorliegt), so hat das Bundesgericht die Entschädigungspflicht des Staates festzustellen [37]), ist aber nicht zuständig, die Höhe des Schadenersatzes zu bestimmen. Die Schatzungskommissionen aber treten dann erst in Tätigkeit, wenn die Schadenersatzpflicht des Staates feststeht.

Das Bundesgericht anerkennt seine Zuständigkeit auch, wenn die Schadenersatzpflicht des Bundes bestritten wird. „Die in § 282 „ff. V. R. (jetzt Art. 283) vorgesehenen Schatzungskommissionen „sind reine Expertenkommissionen; es ist ihnen ausdrücklich nur „die Ermittlung und Taxation der Eigentumsbeschädigungen, nicht „aber die Entscheidung der Rechtsfrage übertragen, ob prinzipiell „eine Schadenersatzpflicht der Kriegsverwaltung bestehe, d. h. ob „die Voraussetzungen des § 279 1. c (jetzt Art. 280), vorliegen [38])." „Le dit règlement suppose en outre que l'administration militaire, „soit la confédération, ne conteste pas, en principe, l'obligation où „elle se trouve d'indemniser les propriétaires lésés. Cela se déduit „des termes mêmes, dont le règlement se sert pour désigner les „dommages dont d'administration doit la réparation, soit de la „procédure spéciale qu'il institue pour la solution spéciale des „réclamations fondées sur ce dommage; cette procédure, en effet, „comporte des délais, pouvant bien s'accorder avec la simple éva- „luation d'un dommage pour lequel l'administration reconnaît en „principe sa responsabilité, mais ne pouvant guère se concilier avec „un véritable procès dans lequel la confédération contesterait tout „à la fois et l'existence même et la cause du dommage, et le prin- „cipe de sa responsabilité" [39]).

Ebenso entschied das Bundesgericht in einem Urteile vom 30. März 1899 [40]). Die Beklagten glaubten sich durch eine Schatzung der Expertenkommission benachteiligt und klagten vor den

[36]) Vgl. den B. R. B. betr. die Erledigung von Forderungen für Schaden an Land und für die Inanspruchnahme von anderm beweglichem und unbeweglichem Eigentum anläßlich des Aktivdienstes der Armee vom 18. September 1914 und dazu ein Urteil des Bundesgerichtes i. Bd. 45, II. 360.

[37]) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 48, Ziff. 2.

[38]) Vgl. B. G. E. Bd. 12, S. 688.

[39]) Vgl. B. G. E. 29, II. 428.

[40]) Vgl. B. G. E. 25, II. 13.

Zivilgerichten auf Erhöhung der Entschädigungssumme. Durch das Urteil eines kantonalen Kreisgerichtes wurde die Entschädigung erhöht. Das Bundesgericht hieß den dagegen erhobenen Rekurs des Bundes gut, weil die Zivilgerichte zur Abänderung des endgültigen Entscheides der Expertenkommisson nicht zuständig seien. „Die Eidgenossenschaft hat ferner keineswegs grundsätzlich „ihre Schadenersatzpflicht bestritten; sondern es handelt sich nur „um die Höhe der Entschädigung. Diese Frage ist nun aber zweifel„los durch die Vorschriften des Verwaltungsreglementes der Kog„nition der Gerichte entzogen; es ist die Taxation des Schadens „durch die besondern daselbst vorgesehenen Organe vorzunehmen „und es kann der Entscheid nach ausdrücklicher Vorschrift des „Art. 293 (jetzt Art. 298) des Reglements nicht weitergezogen, „somit auch nicht vor das Forum der Zivilgerichte gebracht „werden“ [41]). Aus den nämlichen Gründen erklärte sich das Bundesgericht auch in einem neuern Entscheide unzuständig [42]). Die Kläger verlangten eine höhere Entschädigungssumme, indem sie sich auf Art. 298, 3 V. R. stützten. Ohne auf Art. 298, 3 V.R. näher einzugehen, wies das Bundesgericht die Klage ab, weil der Bundesratsbeschluß vom 18. September 1914 die Weiterziehung der durch die Experten gefällten Entscheide verbiete.

d) Die Militärorganisation (Bundesgesetz über die Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907). Nach Art. 27 ff. der Militärorganisation haftet der Bund für Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen, welche durch militärische Uebungen zugefügt werden. Dagegen steht dem Bund das Rückgriffsrecht auf den schuldigen Urheber des Schadens zu. Diese drei Artikel der M. O. sind abweichende Bestimmungen i. S. des Art. 61 O. R.; sie stellen für die militärischen Verhältnisse eine eigene Regelung der Schadenersatzpflicht auf. Ihre rechtliche Bedeutung wird unten berücksichtigt werden. —

Hier ist auch auf Art. 203 der Militärorganisation hinzuweisen, der volle Entschädigung für alles bewegliche und unbewegliche Eigentum zusichert, welches zum Zwecke militärischer Anordnungen den Militärbehörden überlassen wird. Art. 203 anerkennt aber keine allgemeine Entschädigungspflicht des Bundes für die durch die Kriegsereignisse verursachten Sachbeschädigungen. Die Pflicht des Bundes, volle Entschädigung zu leisten, beschränkt

---

[41]) Vgl. B. G. E. 25, I. 17.
[42]) Vgl. B. G. E. 45, II. 360 ff.

sich auf das im Requisitionsverfahren zwangsweise aufgegebene Eigentum. Der deutsche und der französische Text kennzeichnen das Aufgeben des Eigentums als ein „auf Verlangen erfolgtes Ueberlassen" und als ein „mettre à disposition sur réquisition". Damit will das Gesetz besonders auf die Requisitionen selbst und auf Schädigungen an dem auf Verlangen überlassenen beweglichen und unbeweglichen Eigentum hinweisen, im Gegensatz zu den Schäden i. e. S., wo nicht mehr von einem auf Verlangen erfolgten Ueberlassen gesprochen werden kann und der Schaden kein beabsichtigter ist. Die Unterscheidung von Requisitionen und Schäden kannte schon der dem Art. 203 entsprechende Art. 226 der a. M. O. von 1874. In der neuen M. O. wurde die Entschädigungspflicht für Requisitionen und Militärschäden nicht mehr in ein und demselben Artikel behandelt sondern gesondert die Schädigungen in Art. 27 ff. und die im Kriegsfalle notwendigen Requisitionen in Art. 203.

Gerade aus dieser Neuregelung der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht geht hervor, daß die neue Militärorganisation nicht mehr für alle Kriegsschäden eine Entschädigung zusichern will sondern nur noch für dasjenige Eigentum, welches auf Verlangen der Militärbehörden requiriert wird. Der Grund, warum nur noch die Uebungsschäden entschädigt werden sollen, ist auch einleuchtend genug: der Staat kann nur für den Friedenszustand eine Schadenersatzpflicht auf sich nehmen, während er eine Pflicht, alle Kriegsbeschädigten schadlos zu halten, nicht zum voraus übernehmen kann. Dadurch würde er ein zu großes Risiko laufen, da er weder den Umfang der durch Kriegsereignisse verursachten Schäden noch seine eigene Zahlungsunfähigkeit zu überblicken imstande ist. Für die Requisitionen ist dies weniger bedenklich, da sie stets auf Verlangen vollzogen werden. Der Staat kann die Personen, bei welchen Requisitionen vorgenommen werden sollen, zum voraus bezeichnen und nur das requirieren lassen, was gerade notwendig ist. Abgesehen vom Vorteil, den eine Requisition dem Staat meistens verschafft, wären auch viele Requisitionen ergebnislos, wenn den Eigentümern nicht von vorneherein eine Entschädigung zugesichert würde.

B. Die subsidiäre Geltung des Obligationenrechts.

Ueberall, wo keine abweichenden Bestimmungen im Sinne des Art. 61 O. R. bestehen, finden die Art. 41 ff. des Obligationenrechts Anwendung. Nach den obigen Ausführungen ist zu unterscheiden zwischen Uebungsdienst und Nicht-Uebungsdienst.

Im Uebungsdienst haften die Militärpersonen nach Art. 27 ff. M. O., und im Rahmen der gesetzlich anerkannten Haftpflicht gelten die Bestimmungen des Verwaltungsreglements über das Schätzungsverfahren bei Kultur- und Eigentumsbeschädigungen.

Im Nicht-Uebungsdienst haften die Dienstpflichtigen nach O. R., weil hier noch keine abweichenden Bestimmungen bestehen, und a fortiori haben auch die materiellen Bestimmungen des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes Gültigkeit, indem die Haftpflicht der Militärdienstpflichtigen nicht über diejenige der Beamten hinausgehen darf.

Daneben sind die obligationenrechtlichen Bestimmungen auch da anzuwenden, wo die abweichenden Vorschriften unvollständig sind oder stillschweigend Obligationenrecht voraussetzen. Während z. B. für die Sachbeschädigungen die Festsetzung der Entschädigung ausdrücklich durch das Verwaltungsreglement geordnet wird, ist der Richter bei der Festsetzung der Entschädigung für Körperverletzungen und Tötungen auf die entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen angewiesen. Dasselbe gilt für die Vorschriften betreffend die Schuldkompensation, betreffend das Verhältnis zwischen Schaden und Schuld usf.

B. Der Uebungsdienst (Art. 27/9 M.O.).

1. Die Entstehungsgeschichte.

Art. 226 der Militärorganisation von 1874 statuierte eine allgemeine Entschädigungspflicht des Bundes für allen durch Kriegsereignisse herbeigeführten Sachschaden: „Die Kantone, Gemeinden, Korporationen und Privaten sind im Kriegsfalle verpflichtet, zum Zwecke der Ausführung militärischer Anordnungen, ihr bewegliches und unbewegliches Eigenthum auf Verlangen der kompetenten Militärkommandanten zur Verfügung zu stellen. Die hiefür, wie für den Kriegsschaden überhaupt zu leistende volle Entschädigung liegt dem Bunde ob.“ Das Verwaltungsreglement ordnete dazu das Entschädigungsverfahren (Art. 280 ff.). Aus seinen Bestimmungen geht hervor, daß die Entschädigungspflicht nicht auf das Feldverhältnis beschränkt war, sondern auch für die Truppenübungen im Friedensverhältnis bestand [1]). Art. 280 V. R. bestimmte deshalb ganz allgemein, daß Schaden, der durch Ausführung militärischer Anordnungen an öffentlichem oder privatem Eigentum verursacht wird, durch die Kriegsverwaltung zu vergüten sei.

Während der Bund für alle Sachbeschädigungen haftete, wurde er aber nicht ersatzpflichtig, wenn durch militärische Anordnungen jemand verletzt oder getötet wurde. Einen Bauer entschädigte man, wenn die Truppen seine Wiesen zertraten, dagegen hatte er keinen rechtlichen Anspruch auf Entschädigung, wenn er durch fehlgehende Schüsse an Leib oder Leben Schaden nahm. Das verletzte das Billigkeitsgefühl. Der Bund wurde darum oft ersucht, auch in Fällen, wo jemand verletzt oder getötet wurde, eine angemessene Entschädigung zu leisten. Er entsprach auch solchen Begehren. Als auf der Thuner Allmend bei einer Schießübung ein Privater verletzt wurde, machte er gegen den Bund geltend [2]): „In „Art. 280 desselben (V. R.) wird der Bund haftbar erklärt für allen „Schaden, welcher durch Ausführung militärischer Anordnungen „an öffentlichem oder Privateigentum verursacht wird. Haftet aber „der Bund für Beschädigungen von Privateigentum durch Aus-

[1]) Art. 283 u. 285 V. R.; vgl. auch Art. 281, 282, 291, 295, 298, welche sich alle auf den Uebungsdienst beziehen. — Vgl. Salis, III, 1248.

[2]) Vgl. Salis, III. Nr. 1248.

„führung militärischer Anordnungen, so dürfte es auch beim Fehlen „weiterer positivrechtlicher Bestimmungen nicht als fraglich er„scheinen, daß per analogiam der Bund um so mehr auch hafte „für die Beschädigung eines viel höhern Rechtsgutes, nämlich der „körperlichen Integrität und Gesundheit eines einzelnen Bürgers." Dagegen erwiderte das eidgenössische Justizdepartement in einem Gutachten: „Es braucht wohl keiner nähern Erörterung darüber, „daß, was der Gesuchsteller vorbringt über das, was in einem „gesitteten Rechtsstaat nicht fraglich sein könne, de lege ferenda „Berücksichtigung verdienen kann, daß es aber nicht zurzeit „fehlende Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Bundes für „Schaden verursachende Handlungen von Militärdienstpflichtigen, „die ihren öffentlichrechtlichen Verpflichtungen nachkommen, er„setzen kann." Zwei Jahre später bestritt das eidgenössische Justizdepartement die Entschädigungspflicht des Bundes aus den nämlichen Gründen [3]). In beiden Fällen wurde den Geschädigten eine angemessene Entschädigung ausgerichtet, aber unter dem ausdrücklichen Hinweis, daß damit eine Rechtspflicht seitens des Staates nicht präjudiziert werde.

Im Bericht der Kommission des Nationalrates über die Geschäftsführung des Bundesrates und des Bundesgerichtes im Jahre 1901 wurde dann die Anregung gemacht, die Entschädigungspflicht des Bundes neu zu regeln. „Es widerstrebt dem Rechtsgefühl, dem Bunde nur die Haftbarkeit für beschädigtes Eigentum aufzuerlegen und ihn von der Hafbarkeit für weit höhere Rechtsgüter, der Gesundheit und des Lebens, zu entbinden" [4]). Der Bericht schlägt die gesetzliche Regelung der Frage in dem Sinne vor, daß dem natürlichen Rechtsgefühl entsprochen und der Bund gleichzeitig vor zu weit gehenden Zumutungen geschützt werde.

Der bundesrätliche Entwurf zur neuen M. O. von 1907 stellte darauf in Art. 22 die Haftung des Bundes bei Tötung und Körperverletzung infolge militärischer Uebungen auf [5]). Ausschlaggebend für die neue Regelung der Entschädigungspflicht waren die Erwägungen, welche die nationalrätliche Geschäftsprüfungskommission von 1902 angestellt hatte: Man wollte die rechtlichen Bestimmungen mit dem allgemeinen Billigkeitsgefühl in Einklang bringen und dennoch den Bund vor zu weit gehenden Ansprüchen schützen. Der Berichterstatter der Kommission wies im Ständerat darauf hin,

---

[3]) Vgl. Salis, III. Nr. 1249.

[4]) Vgl. B. Bl. 1902, III. 532.

[5]) Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. den Entwurf der neuen M. O. (B. Bl. 1906, I. S. 795 ff. u. S. 829).

daß es unbillig sei, den Bund für die Beschädigung eines alten Mistkarrens haften zu lassen, während er für Beschädigung an Leib und Leben nicht aufzukommen brauche [6]). Ferner bemerkte er, was für die Auslegung wichtig ist, daß im übrigen der Art. 22 dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz nachgebildet sei. „Wir haben ihn der „Eisenbahnhaftpflicht nachgebildet mit einer einzigen Ausnahme. „Das Verschulden Dritter ist als Befreiungsgrund ausgeschaltet „und zwar deswegen, weil diese Dritte Militärpersonen sind, für „die der Bund sowieso haften muß, analog wie auf Grund des „Eisenbahnhaftpflichtgesetzes „Personal" der Unternehmung nicht „Drittpersonen i. S. des Gesetzes bedeutet [7])."

In der Beratung des Artikels wurden sodann zwei Anträge gestellt. Python beantragte, man möchte den Befreiungsgrund des Mitverschuldens nur auf „faute grave" beschränken. Der Eisenbahnbetrieb gehe immer auf eigenem Grund und Boden vor sich, während die militärischen Uebungen meistens auf fremdem Land abgehalten würden. „C'était peut-être le propriétaire ou l'enfant du propriétaire qui, par une faute légère, essuyera un malheur. Les situations ne sont donc pas les mêmes" [8]). Der Referent entgegnete, die Verhältnisse seien von der Eisenbahnhaftpflicht doch nicht so verschieden. Die Beweislast liege dem Bund ob. Könne er ein Verschulden des Verletzten oder Getöteten nicht beweisen, so habe er selbstverständlich zu entschädigen. Der Antrag Python wurde darauf abgelehnt.

Von Reding stellte einen zweiten Antrag, die gesetzliche Entschädigungspflicht des Bundes sei auszudehnen auf Eigentumsbeschädigungen. Er führte den folgenden Fall als Beispiel an: „Es „ist eine Uebung über einen Bergpaß angesetzt. Der Kreisinstruk„tor trifft alle nötigen Vorsichtsmaßregeln, um Schaden zu ver„hüten und benachrichtigt daher die in Frage kommenden Bauern „und Hirten, daß an dem und dem Tag in der und der Gegend „Schießübungen abgehalten werden, sie möchten daher für recht„zeitige Einsperrung des Viehs besorgt sein. Nun aber kann „irgend ein Offizier von der einen oder andern Partei es für not„wendig erachten, ein Detachement nach Süden auszuschicken. Die „beiden Umgehungsdetachemente finden sich nun — ohne daß sie „das voraussehen konnten — auf einer abgelegenen Hochalp, „welche in die Vorsichtsmaßregeln des Kreisinstruktors nicht ein-

[6]) Vgl. Sten. Bull. 1906, S. 839 ff.

[7]) Vgl. Sten. Bull. 1906, I. S. 840; vgl. auch die Art. 27 M. O. entsprechende Fassung von Art. 1 E. H. G.

[8]) Vgl. Sten. Bull. 1906, I. S. 840.

„bezogen wurde und wo zufälligerweise Schafe weiden. Hier „kommt es zwischen den beiden Parteien zum Gefecht. Die Schafe „rennen blindlings davon und stürzen ab. Wer kommt nun für den „Schaden auf? Von einem Kulturschaden kann man da nicht spre„chen, die daherigen Bestimmungen des V. R. kommen nicht in Be„tracht. Auch kann sich der betreffende Geschädigte nicht auf das „O. R. berufen; denn hiefür müßte er den Beweis leisten, daß auf „Seiten des Bundes respektive seiner Militärorgane ein Verschulden „vorliegt. Dieser Nachweis ist unmöglich, weil überhaupt kein Ver„schulden vorliegt. . . . . [9])." Das Verwaltungsreglement spricht nun allerdings auch von Eigentumsbeschädigungen, worunter das angeführte Beispiel fallen müßte. Auch der Referent erwähnte in den Beratungen ausdrücklich, das V. R. regle die Entschädigungspflicht für Schaden an Sachen und Tieren. Der Antrag von Reding konnte darum die bestehende Entschädigungspflicht für Sachschaden nicht erweitern; er brachte sie nur in gesetzliche Form. Die bisher im Verwaltungsreglement ausgesprochene Entschädigungspflicht des Staates wurde so in die Militärorganisation aufgenommen und als besonderer Absatz dem Art. 22 beigefügt. Aus den Beratungen gingen dann die Art. 27 ff. in ihrer heutigen Gestalt hervor.

Die Botschaft des Bundesrates und die Beratungen der Räte erwähnten den Aktivdienst mit keinem Wort. Auch die Beispiele, welche in der Diskussion angeführt wurden, bezogen sich ausschließlich auf Uebungen. Das läßt darauf schließen, daß sich Art. 27 ff. nur auf militärische Uebungen erstrecken. Trotzdem geht ein Entwurf des O. K. K. vom 15. Dezember 1909/2. Oktober 1911 für ein neues Verwaltungsreglement von dem Standpunkte aus, daß Art. 28 M. O. auch auf den Kriegsfall anzuwenden sei, und daß der Bund auch alle durch die Kriegsereignisse verursachten Sachbeschädigungen voll zu entschädigen habe. Da dieser Entwurf aber weder vom Bundesrat noch von der Bundesversammlung genehmigt worden ist, kommt ihm keine praktische Bedeutung zu.

Die Gründe, welche für die Aufstellung der Entschädigungspflicht des Staates für militärische Uebungen maßgebend waren, ergeben sich aus dem Charakter der dienstlichen Handlungen. Das Heer dient letzten Endes immer der Vernichtung einer feindlichen Streitkraft. Seine Organisation und die Mittel, die ihm zur Verfügung stehen, sind darum so gewählt, daß sie diesen Zweck möglichst rasch herbeiführen. Diese besondere Aufgabe macht das

[9]) Vgl. Sten. Bull. 1906, S. 840.

Heer zu einer Einrichtung, welche alles in sich vereinigt, was zur Vernichtung des menschlichen Lebens irgendwie beitragen kann. Bezeichnet man für die Werkschadenshaftung und für die Haftung aus Eisenbahn- und Fabrikbetrieben die Gefährdung als das haftungsbegründende Moment, so gilt dies noch viel mehr für die Militärschäden. Aber nicht nur die Art des Betriebes stellt das Heer in bezug auf die Gefährdung weit über alle andere organisierte Tätigkeit, auch die Möglichkeit einer Gefährdung ist für die militärische Tätigkeit größer als in einem andern Betrieb. Im Vergleich mit industriellen Großbetrieben und Verkehrsanstalten ist das Heer wohl die größte Organisation, welche in einem Staate besteht. Mit dem Umfang wächst aber auch die Wahrscheinlichkeit einer Schadenszufügung. Die Gefahr, welche die dienstliche Tätigkeit für den Einzelnen mit sich bringt, ist also weit größer als die Gefährdung durch eine andere Interessenverfolgung, an welche das Gesetz eine Entschädigungspflicht knüpft. Deshalb muß hier auch das Bedürfnis einer kausalen Schadenshaftung viel eher vorhanden sein als bei der Werkhaftung und bei der Eisenbahn- und Fabrikhaftpflicht.

Die besondere Gefährdung allein rechtfertigt aber die Entschädigungspflicht noch nicht. Sie ist ein zu unbestimmter Begriff, als daß man daraus schließen könnte, bis wohin die Besonderheit der Gefährdung reicht und wo die Verwirklichung des staatlichen Interesses, was Gefährdung anbetrifft, gleichzusetzen ist mit den übrigen Verrichtungen des Staates. Eine Gefährdung ist auch darin zu erblicken, daß sich der Staat wie die juristische Person und wie der Geschäftsherr eines weitschichtigen Apparates von Dienstpflichtigen und Angestellten bedient, um seinen Willen in Tat umzusetzen. Schon das In-Bewegung-Setzen eines solchen Apparates, mit dem stets die Möglichkeit eines Fehlgehens verbunden ist, bringt eine Gefährdung der Allgemeinheit mit sich. Wo es sich dabei um eine besondere Gefährdung handelt, welche die Grenzen einer gewöhnlichen Interessenverfolgung überschreitet, würde schwer zu ermitteln sein. Neben der Gefährdung, welche bei der „Blüte“ der gegenwärtigen Kriegstechnik in die Augen springt, spricht noch ein anderer Grund für die Haftung des Staates. Eine Schadenersatzpflicht, sie mag durch unrechtmäßige oder rechtmäßige Handlungen begründet werden, hat neben ihrem Wiedergutmachungszweck stets einen erzieherischen Einfluß auf den Schädiger. Man mag den präventiven Charakter leugnen und den Schadenersatz als ein neutrales Mittel zur Wiederherstellung eines Schadens auffassen, Tatsache bleibt, daß jemand, der für einen

Schaden eintreten muß, die entsprechende Handlung das nächste Mal so vorzunehmen versucht, daß kein oder möglichst wenig Schaden entsteht. Eine ähnliche Prävention muß die Schadenersatzpflicht auf den Staat ausüben. Wenn vielleicht dem einzelnen Soldaten das Interesse meistens abgeht, die Staatskasse unnützerweise zu belasten, so darf es im allgemeinen bei den Personen vorausgesetzt werden, welche für die Anordnung und Durchführung von Manövern und Schießübungen verantwortlich sind. Müssen bei militärischen Uebungen infolge einer nicht sorgfältig vorgenommenen Absperrung vom Staate große Entschädigungssummen ausgerichtet werden, so wird diese Tatsache an sich und ohne daß der Verantwortliche dafür besonders haftbar gemacht wird, einen gewissen Druck auf ihn ausüben. Eine Entschädigungspflicht ist daher nur da zweckmäßig, wo auch dieser erzieherische Zweck am Platze ist und wo er die entschiedene Durchführung der staatlichen Aufgaben nicht hemmt. Das trifft für die Uebungen zu. Sie können immer dahin verlegt werden, wo weniger Schaden angerichtet wird, z. B. in unbebaute und dünn besiedelte Gegenden. Wird nun durch eine Uebung dennoch jemand geschädigt, so hat die Schadenersatzpflicht zur Folge, daß die für die Uebungen verantwortlichen Stellen das nächste Mal auch diesen Schaden auszuschließen versuchen. Mit der Zeit dürften die Uebungen mit solcher Sorgfalt durchgeführt werden, daß sich die Schädigungen tatsächlich auf ein Mindestmaß zurückführen lassen. So erzieht die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht die für die Anordnung der Uebungen verantwortlichen Personen zur Sorgfalt.

Im Kriege trifft diese Ueberlegung nicht mehr zu. Es würde eine Kampfhandlung beeinträchtigen, wenn eine Maßnahme immer im Hinblick auf die zu gewärtigende Entschädigungspflicht vorgenommen werden müßte. Während die Uebungshandlungen stets so angeordnet werden können, daß sie mit Rücksicht auf das Leben und das Eigentum des Einzelnen erfolgen, sind die eigentlichen Kriegshandlungen nur durch äußere Notwendigkeiten bestimmt, vor welchen Eigentum und Leben des Einzelnen in den Hintergrund treten [10]).

Die Ueberlegung, welche der Gesetzgeber mit der Entschädigungspflicht des Staates für militärische Uebungen anstellte, ist also die, daß der Staat durch den erzieherischen Einfluß der Entschädigungspflicht immer mehr dazu gelangen soll, die Schädigungen der Allgemeinheit durch militärische Anordnungen auf ein Mindest-

[10]) Vgl. B. G. E. 47, II. 513.

maß zu beschränken. Will man die Schadenersatzpflicht auch auf Kriegsschäden ausdehnen, so würde die Staatsgewalt in einer Zeit gehemmt, wo die Durchführung von dienstlichen Maßnahmen mit allen verfügbaren Kräften geschehen muß. Wenn in Kriegszeiten der diensttuende Bürger gezwungen wird, sein Leben hinzugeben, so darf man sich nicht wundern, daß auch der nicht diensttuende Volksgenosse Leben und Eigentum zu dem gleichen Zwecke aufgeben muß. Vom Standpunkt des staatlichen Rechts ist eben beides billig. Ist ein Staat aus einem Kriege unversehrt hervorgegangen, so kann er nachträglich immer noch die durch die Kriegsereignisse besonders geschädigten Personen unterstützen, wie er auch den Kriegsinvaliden, Witwen und Waisen von Gefallenen Pensionen und Unterstützungen auszahlen wird.

Endlich mag als dritter Grund für die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht auch der Beweisnotstand mitbestimmend gewesen sein [11]). „Der Gesetzgeber hat offenbar ganz bewußt von „Uebungen und nicht von einem allgemeinen Begriff wie Aktionen „oder Handlungen oder ähnlich gesprochen, d. h. tatsächlich das „Moment des Uebens von größeren oder kleineren Truppenein-„heiten im Auge gehabt, das eben gerade zufolge seines Charakters „als eines Versuchens von mehr oder weniger ungelenken und „nicht leicht lenkbaren Truppenmassen leicht zu Unglücksfällen „von unbeteiligten Dritten führt. Für solche sollte der Bund ein-„stehen, weil es in derartigen Fällen gewöhnlich an einem Ver-„schulden eines bestimmten Einzelnen fehlt und, wenn es vorhan-„den ist, sich nicht leicht feststellen läßt, wie es im Wesen einer „jeden Aktion einer größeren Masse liegt. Es wäre höchst unbillig „in solchen Fällen einem Verletzten oder den Hinterbliebenen eines „Getöteten zu überlassen, Schuld und Schuldigen herauszufinden „und sich an ihn zu halten, im besonderen dann, wenn er mittel-„los wäre [12])."

Diese drei Gründe waren für die Aufstellung von Art. 27 ff. M. O. maßgebend. Gefährdung und Beweisnotstand gelten für alle Tätigkeit des Heeres; der Präventionsgedanke nur für militärische Uebungen. Bei der Auslegung von Art. 27 ff. M. O. ist darum in erster Linie auf letzteren abzustellen.

2. Das Verhältnis von Art. 27 ff. M. O. zu Art. 41 ff. O. R.

Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß ziviles Schadenersatzrecht überall da gilt, wo die abweichenden Bestimmungen

[11]) S. unten S. 41.

[12]) Aus dem Urteil des zürch. Obergerichtes vom 28. Juni 1920.

lückenhaft sind. Dasselbe gilt für Art. 27 ff. M. O., welche abweichende Bestimmungen i. S. des Art. 41 O. R. sind. Diese eine Beziehung des Art. 27 ff. M. O. zum O. R. wurde bereits eingehend behandelt, so daß nicht mehr darauf zurückzukommen ist. Aber eine andere Beziehung drängt sich hier auf.

Wird durch Art. 27 ff. M. O. die unmittelbare, persönliche Haftung des schuldigen Dienstpflichtigen nach Art. 41 O. R. aufgehoben, oder haften der Staat und der Dienstpflichige nebeneinander? — Zum Teil ist die abweichende Regelung des Schadenersatzrechtes für militärische Uebungen zu Gunsten des Geschädigten vorgenommen worden: Bei größeren Truppenübungen wird es immer schwierig sein, den eigentlichen Urheber des Schadens ausfindig zu machen. Der Beweisnotstand ist für einen mit dem Dienstbetrieb nicht vertrauten Dritten noch fühlbarer, weil er zum schädigenden Dienstpflichtigen überhaupt keine Beziehungen hat. Eine Schadenszufügung erscheint ihm in den meisten Fällen nicht als Handlung einer Einzelperson sondern als Aktion eines ganzen Truppenkörpers. Darum entspricht es den tatsächlichen Verhältnissen am ehesten, wenn der Geschädigte den Bund unmittelbar für den Schaden verantwortlich machen kann. Der Beweis für das Vorliegen eines Schadens und des Bestehens eines Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und militärischer Handlung ist für den Geschädigten meistens einfach zu erbringen. Mit der Regreßklage zieht der Bund seinerseits den schuldigen Urheber des Schadens zur Verantwortung. Auf diese Weise scheint die Beweislast am gerechtesten verteilt. Statt daß der Geschädigte selbst Schaden, Kausalzusammenhang und Pflichtwidrigkeit beweisen müßte, wird der Schuldbeweis ganz dem Staat überbunden, welcher, da er am öffentlichen Dienstverhältnis unmittelbar beteiligt ist, besser feststellen kann, worin der Dienstpflichtige seine Pflichten verletzt hat. Anderseits darf dem Geschädigten zugemutet werden, daß er die Größe des erlittenen Schadens dartut und nachweist, daß die Schädigung durch militärische Anordnungen erfolgt ist. Der Geschädigte steht also jedenfalls vorteilhafter da, wie wenn ihm der Dienstpflichtige allein haften würde.

Man könnte sich deshalb fragen, ob den Artikeln 27 ff. O. R. nicht eine ähnliche Bedeutung zuzuschreiben sei wie der Haftung des Geschäftsherrn für seine Angestellten und der Haftung der Eisenbahngesellschaft für ihr Personal [13]). Beide Haftpflichten schließen nicht aus, daß der Geschädigte den Dienstpflichtigen auch noch persönlich einklage. Die gleichzeitige Haftung des

[13]) Vgl. Guyer: Komm., S. 137 und Becker: Komm., S. 243 f.

Dienstherrn ist hier nur eine Erleichterung für den geschädigten Dritten.

Der Wortlaut von Art. 27 schließt die persönliche Haftung des Schadensstifters auch nicht aus und unterscheidet sich z. B. nicht von Art. 55 O. R. Die Militärorganisation bestimmt: Wenn jemand getötet oder verletzt wird, „so haftet der Bund für den dadurch entstandenen Schaden". Und Art. 55 O. R. sagt: „Der Geschäftsherr haftet für den Schaden . . . ." Aus dem Gesetzestext ergeben sich also keine Anhaltspunkte. Das zürcherische Obergericht sieht darum in Art. 27 ff. nur ein dispositives Recht des Geschädigten und will den schuldigen Dienstpflichtigen dem Geschädigten gemäß Art. 41 ff. O. R. auch unmittelbar haften lassen. „Im übrigen darf auch gesagt werden, daß weder Wortlaut noch „Sinn des Art. 27. M. O. die persönliche Haftung des Schädigers „ausschließt. Der Wortlaut läßt sehr wohl die Annahme zu, daß „der Gesetzgeber habe sagen wollen: „so haftet auch der Bund", „weil er doch sonst, wenn er die persönliche Haftung des Täters „hätte ausschließen wollen, hätte sagen müssen: „so haftet nur der „Bund". Und was den Sinn der Bestimmung anlangt, so ergibt sich „aus der bereits oben näher erörterten Ueberlegung des Gesetz-„gebers, daß ein Verletzter oder die Hinterbliebenen des Getöteten „nicht auf dem Wege eines oft mühevollen und kostspieligen Ver-„fahrens Schuld und Schuldigen feststellen und sich am Ende noch „an einen insolventen Schuldner sollten halten müssen. Sondern „es sollte ihnen aus den angeführten Gründen freigestellt sein, ihre „Ansprüche kurzerhand gegenüber dem Bund geltend zu „machen [14])."

Allein diese Begründung wäre nur richtig, wenn die abweichende Regelung von Art. 27 ff. M. O. lediglich zum Schutze des geschädigten Dritten bestehen würde. Das ist nicht anzunehmen. Es kommt ihr eine weitere Bedeutung zu. Das primäre Einstehen des Bundes für seine Organe bezweckt zugleich einen Schutz des Dienstpflichtigen in seiner öffentlichen Stellung. Um ihn vor leichtfertigen Klagen zu schützen, steht der Bund für alle Schädigungen ein, welche seine Organe pflichtwidrig begehen. Wie er die Dienstpflichtigen für ihre pflichtwidrigen Handlungen zur Verantwortung zieht, ob durch die Geltendmachung des Rückgriffs oder durch bloße Disziplinarstrafen, entzieht sich der Beurteilung durch den Geschädigten. Es ist eine interne Angelegenheit, die allein den Bund und seine Dienstpflichtigen angeht. Aus diesem Grunde ist die Ansicht des zürcherischen Obergerichts zu verwer-

[14]) Vgl. das Urteil vom 28. Juni 1920, S. 10.

fen und dem Art. 27 die Bedeutung beizulegen: so haftet n u r der Bund. Die unmittelbare Verantwortlichkeit des Dienstpflichtigen wird durch die Art. 27 ff. M. O. ausgeschlossen.

3. Der gesetzliche Tatbestand.

Bei der Aufstellung des gesetzlichen Tatbestandes von Art. 27 ff. M. O. ist daran zu erinnern, daß die Bestimmungen der Militärorganisation nur unvollständig sind und die Schadenersatzpflicht nicht nach allen Beziehungen regeln. Sie schweigen z. B. über die Festsetzung des Schadens, über das Verschulden des Schadensstifters, auf den der Bund Regreß nehmen kann usw. Abweichende Bestimmungen sind aber nicht nur jene, welche ausschließlich für Militärpersonen gelten, sondern auch diejenigen, welche sich auf die Beamten beziehen und a fortiori auf Militärpersonen anwendbar sind. Es ergeben sich daher drei Gruppen von gesetzlichen Bestimmungen, welche für die Militärpersonen Gültigkeit haben. Unmittelbar finden auf den Militärdienst Anwendung die Art. 27 ff. M. O. und die Art. 280 ff. des Verwaltungsreglementes. Daneben gelten a fortiori die materiellen Bestimmungen des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes, indem die Haftung der Militärpersonen nicht strenger sein kann als die Beamtenhaftpflicht. Und endlich gelten subsidiär nach Art. 61 O. R. alle Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen, welche nicht durch eine abweichende Bestimmung der beiden ersten Gruppen außer Kraft gesetzt werden. Die drei Gesetze sind also in der Reihenfolge anzuwenden: Militärorganisation (bezw. Verwaltungsreglement) — Beamtenverantwortlichkeitsgesetz — Obligationenrecht.

Die Art. 27 ff. M. O. enthalten zwei Haftungsverhältnisse, welche von einander getrennt zu betrachten sind. Art 27 und 28 machen den Bund ersatzpflichtig für allen Schaden, welcher infolge militärischer Uebungen verursacht wurde. Sie bestimmen für das Rechtsverhältnis: Geschädigter — Bund eine primäre Schadenshaftung des Bundes. Art. 29 dagegen gibt dem Bund ein Rückgriffsrecht auf den schuldigen Urheber des Schadens und stellt für das Rechtsverhältnis: Bund-Dienstpflichtiger die Verschuldenshaftung wieder her.

I. Die Haftung des Bundes.

Art. 27 und 28 M. O. lauten:

A r t. 27: „Wenn infolge militärischer Uebungen eine Zivil-
„person getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Bund
„für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist,

„daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden des „Getöteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist.

„Hat der Unfall den Tod des Verletzten zur Folge, so besteht „die Haftpflicht gegenüber den unterstützungsberechtigten Ange- „hörigen des Getöteten."

Art. 28: „In entsprechender Weise haftet der Bund für Sach- „beschädigungen, die infolge militärischer Uebungen entstanden „sind.

„Die Bundesversammlung ordnet das Verfahren."

Die beiden Artikel weichen vom gemeinen Schadenersatzrecht ab, indem sie besondere Vorschriften über den Schaden und die Schadenszufügung aufstellen. Nur Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung begründen eine Haftung des Bundes und nur dann, wenn sie durch militärische Uebungen herbeigeführt werden.

a) Der Schaden.

Art. 27 und 28 beschränken die Haftung des Bundes auf Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen, so daß der Bund weder für immateriellen Schaden noch für entgangenen Gewinn verantwortlich gemacht werden kann. Auch das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz spricht nur von einem positiven Schaden (Art. 4). Wahrscheinlich ist darunter eine ähnliche Einschränkung zu verstehen, wie sie die Militärorganisation für die Uebungsschäden macht [15]), indem das Gesetz auch hier die Haftung für einen negativen Schaden, d. h. für entgangenen Gewinn ausschließen wollte. In ähnlicher Weise gewährt das Verwaltungsreglement den Grundeigentümern keine Entschädigung für die „durch die Truppenübungen entstandenen Inkonvenienzen oder ihnen hiedurch entgangenen Gewinn" (Art. 293). Da der Art. 28 M. O. aus den Bestimmungen des Verwaltungsreglementes hervorgegangen ist [16]), kann auch das Verwaltungsreglement zur Auslegung herbeigezogen werden.

Entschädigungen für Inkonvenienzen sind ausgeschlossen, weil die Entschädigungspflicht damit einer Genugtuungspflicht des Bundes gleichkäme. Die Gewährung von Genugtuung durch den Staat ist aber unmöglich, weil der Staat als öffentlichrechtliche

[15]) Escher (S. 175) will unter einem positiven Schaden auch immateriellen Schaden verstehen, weil das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz die Schadensfrage „nur so leicht berühre". Das scheint mir aber eher ein Grund dafür zu sein, daß das Gesetz kurzerhand von einem „Schaden" und nicht noch besonders von einem „positiven" Schaden sprechen würde. — Ott schweigt darüber ganz (vgl. das Referat in der Z. f. schw. R. n. F. Bd. 31, S. 733).

[16]) S. oben S. 37.

Körperschaft überhaupt kein Verschulden begehen kann [17]). Damit fällt auch die Voraussetzung für die Genugtuungsleistung dahin. Und eine Haftung für entgangenen Gewinn wollte das Verwaltungsreglement, auf welches Art. 28 zurückgeht, deshalb nicht annehmen, weil dadurch der geschädigte Bürger besser gestellt würde als der seinen Militärdienst leistende. Entschädigt man nämlich den Dritten für den infolge Truppenübungen entstandenen Gewinnausfall, dann müßte auch dem Wehrmann schließlich aller Schaden ersetzt werden, welchen er während des Dienstes erleidet (z. B. der Gewinn, welcher ihm durch das zeitweise Aufgeben seiner Privattätigkeit entgeht). Beide Belastungen nimmt der Einzelne zum Zwecke der Landesverteidigung auf sich. Entschädigt man hiefür den Nichtdienstpflichtigen voll, so müßte auch der Dienstpflichtige Anspruch auf vollen Ersatz haben.

b) Die Schadenszufügung.

Der Schaden muß „infolge militärischer Uebungen" entstanden sein. Damit verweist das Gesetz auf zwei Tatbestandsmerkmale: es stellt die militärischen Uebungen in einen Gegensatz zu der übrigen dienstlichen Tätigkeit, und es deutet darauf hin, daß zwischen der einzelnen Dienstverrichtung und dem angerichteten Schaden ein gewisser Zusammenhang bestehen müsse.

aa) Die militärischen Uebungen.

Die Entschädigungspflicht des Bundes wird auf militärische Uebungen beschränkt. Was sind aber militärische Uebungen i. S. des Art. 27 M. O.? Ein Ueben wird immer da vorliegen, wo man sich auf eine Tätigkeit vorbereitet, welche zur Zeit des Uebens noch nicht notwendig ist. Die militärischen Uebungen umfassen auch alle Diensthandlungen, welche der Ausbildung des Heeres dienen und noch nicht auf seine eigentliche Aufgabe (die Abwehr im engern und weitern Sinne, als Kampf oder als bloße Grenzbesetzung) gerichtet sind. In diesem Sinne gebraucht die M. O. den Ausdruck auch an andern Orten [18]). Dabei ist es für die schädigende Handlung ohne Bedeutung, ob sie selbst eine militärische Uebungshandung ist oder nur als Nebenverrichtung zu dieser hinzutritt. Militärische Uebungen sind alle Dienstverrichtungen, die sich selbst als Uebung kennzeichnen oder doch als Hilfsverrichtungen oder Vorbereitungshandlungen mit den militärischen

[17]) Vgl. Fleiner: Institutionen, S. 264 und Blumenstein: Handbuch, S. 56.
[18]) Vgl. Art. 9, 123, 141/142, 170 M. O.

Uebungen zusammenhängen, ähnlich wie die Hilfsarbeiten, welche das Eisenbahnhaftpflichtgesetz neben dem Bau und dem Betrieb der Eisenbahnen der Eisenbahnhaftpflicht unterwirft (E. H. G. 1). Daß die Art. 27 ff. M. O. dem Ausdruck militärische Uebungen eine andere Bedeutung beilegen wollten, ist unwahrscheinlich und würde auch dem oben erwähnten Präventionszweck, den jede Schadenersatzpflicht verfolgt, widersprechen [19]), indem vom Staat nicht mehr die Anwendung aller denkbaren Vorsichtsmaßregeln verlangt werden kann, wenn er durch einen Angriff auf seine Existenz in eine notstandsähnliche Lage versetzt wird.

Für den Instruktionsdienst steht der Uebungscharakter fest, wenn ihn Art. 8 M. O. als Dienst zur Ausbildung bezeichnet. Rekrutenschulen, Kaderschulen usw. und Wiederholungskurse werden stets zu Uebungszwecken vorgenommen, die ersteren, um den Dienstpflichtigen neue Kenntnisse beizubringen, und die letzteren, um die erworbenen Kenntnisse wieder aufzufrischen. Schädigungen, welche während des Instruktionsdienstes erfolgen, machen den Bund deshalb immer haftbar. Das Fehlgehen von Geschossen, das Scheuwerden von Pferden infolge einer Schießübung sind solche unmittelbare Folgen des Uebungsdienstes. Aber nicht nur die militärischen Uebungen selbst auch dienstliche Hilfsverrichtungen, welche für eine Uebung notwendig sind, ohne selbst zur Uebung zu gehören, fallen unter den Begriff militärischer Uebungen, z. B. Truppenmärsche auf den Uebungsplatz, Verletzungen durch im Uebungsdienst verwendete Militärautomobile, wenn nach einer Schießübung beim Reinigen der Schießwaffe ein Schuß losgeht und den Kantonnementsgeber trifft usf. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes bezieht diese Hilfsverrichtungen allerdings nur dann auf Art. 27 M. O., wenn mit ihnen die besondere Gefahr verbunden ist, welche den Uebungen von größeren Truppenkörpern eigen ist, ähnlich wie dies Art. 1 E. H. G. von den mit dem Bahnbetrieb verbundenen Hilfsverrichtungen verlangt. Das zeigt folgender Fall: Ein Militärradfahrer stieß auf einer Dienstfahrt mit einem Zivilisten zusammen und verletzte ihn. Das Bundesgericht wies die Schadenersatzklage des Verletzten ab mit der Begründung, daß es sich im vorliegenden Falle um eine dienstliche Hilfsverrichtung handle, mit welcher keine besondere Gefahr verbunden sei. „Die Bewachungstruppen, zu welchen Tsch. gehörte, standen aber „nicht im Uebungsdienst, sondern im aktiven Dienst nach Art. 195 „ff. M. O. Eine analoge Anwendung der Bestimmung hierauf würde

[19]) Siehe oben S. 38 ff.

„zudem, soweit sie nicht wie für die Schädigungen bei Gelegenheit „von eigentlichen militärischen Aktionen des Aktivdienstes selbst „(polizeilichen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im „Innern, oder kriegerischen zur Abwehr eines äußern Angriffes) „von vornherein ausgeschlossen ist, voraussetzen, daß auch das be„sondere dem Art. 27 zu Grunde liegende Motiv der Haftung zu„träfe, d. h. daß aus dem dienstlichen Verhältnis der Beziehung „der Handlung zum Dienstbetriebe eine höhere Gefahr für Dritte „resultieren würde, als jene sie sonst mit sich brächte, was für „solche Hilfsverrichtungen, die den innern Haushalt der Truppe „und die Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der einzelnen „Militärpersonen betreffen, offenbar nicht der Fall ist[20])."

Die Bundesverwaltung anerkannte dagegen die Anwendung von Art. 27 M. O. in einem Falle, wo bei einem Transport der eidgenössischen Pferderegieanstalt ein Straßenarbeiter durch einen Hufschlag tödlich verletzt wurde. Der Pferdetransport war bestimmt für eine Artillerie-Rekrutenschule in Bière, er wurde aber von Morges nach Bière von Angestellten der Pferderegieanstalt geführt, welche die Pferde erst am andern Tage den Truppen übergeben sollten. Der Billigkeit entspricht diese Lösung. Die Anwendung von Art. 27 ff. M. O. auf öffentliche Angestellte, welche nicht dem Heere zugeteilt sind, ist aber nicht ohne weiteres gegeben. Die Angestellten der Regieanstalt sind Beamte und unterstehen als solche dem Beamtenverantwortlichkeitsgesetz, welches allerdings keine öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht kennt. Die Entschädigungspflicht des Bundes hätte man aber mit einer analogen Anwendung des in Art. 27 M. O. enthaltenen Rechtssatzes begründen können.

Die Geltung von Art. 27 ff. M. O. beschränkt sich nicht nur auf den Instruktionsdienst. Auch im aktiven Dienst sind militärische Uebungen möglich. Eine Uebung, welche während des Aktivdienstes vorgenommen wird, behält ihren Uebungscharakter bei. Die Voraussetzungen, von denen Art. 27 M. O. ausgeht, müssen auch für diese Uebungen zutreffen. Die Anwendung von Art. 27 ff. M. O. darf aber nur so weit gehen, als sich ein Zusammenhang zwischen der dienstlichen Verrichtung und einer militärischen Uebung überhaupt noch herstellen läßt. Unter militärischen Uebungen im weitesten Sinne sind nicht sämtliche Dientsverrichtungen zu begreifen, welche nicht gerade die unmittelbare Folge (die Reaktion) einer Kampfhandlung sind. Es ist an die Ueberlegung des Gesetzgebers zu erinnern (welche der Hauptgrund der in Art. 27 ff.

[20]) Vgl. B. G. E. 47, II. 526.

M. O. geregelten abweichenden Bestimmungen ist), daß im Verlauf einer militärischen Uebung auf die Schonung von Menschenleben und Eigentum Rücksicht genommen werden kann, während diese sichernden Maßnahmen im Kriege und bei vielen Diensthandlungen des Grenzdienstes vor der Erfüllung der militärischen Zwecke zurücktreten müssen. Es widerspricht darum dem Wesen der Uebung, wenn dazu auch Diensthandlungen gezählt werden, die sich schon deutlich als Vorbereitungshandlungen oder Hilfsverrichtungen eines Kampfes im engern oder weitern Sinne kennzeichnen. Die Versuche der Praxis und der Rechtsgutachten [21]), welche die Entschädigungspflicht des Bundes auf alle anderen Fälle ausdehnen wollen als die, wo die Truppen nicht unmittelbar an einem Kampfe teilnehmen, stehen deshalb in einem Widerspruch mit dem Gesetze. Die Versuchung, sich einseitig auf den Standpunkt des Geschädigten zu stellen, ist im Schadenersatzrecht überhaupt groß und ganz besonders dann, wenn dem Verletzten ein so solventer Schuldner, wie der Staat, gegenübersteht. Aber auch in diesen Fällen muß die rechtliche Betrachtung objektiv bleiben. Wenn das Gesetz von militärischen Uebungen spricht, so sind darunter nicht auch Verrichtungen zu verstehen, welche zur Vorbereitung und Unterstützung von Kampfhandlungen dienen. Darum dürfen die militärischen Verrichtungen des Grenzdienstes den militärischen Uebungen nicht ohne weiteres gleichgestellt werden. Wenn auch die Tätigkeit der Truppen während einer Grenzbesetzung in der Regel in einem Ueben besteht, so gibt es hier doch dienstliche Verrichtungen, denen der Uebungscharakter vollkommen fehlt und die sich darum der Geltung von Art. 27 ff. M. O. entziehen, z. B. die Festnahme von Ueberläufern und versprengten Truppenteilen der Kriegführenden, der Polizeidienst gegen Schmuggler, die Errichtung von Befestigungsanlagen, welche nicht wie im Uebungsdienst an ungefährlichen Orten angebracht werden können, sondern dort, wo die Notwendigkeit es gerade erheischt.

Als militärische Uebungen i. S. von Art. 27 ff. M. O. sind deshalb nur dienstliche Verrichtungen anzusehen, welche entweder selbst zu Uebungszwecken vorgenommen werden oder doch zum Zwecke der Vorbereitung, Unterstützung oder auf andere Weise mit den militärischen Uebungen in Zusammenhang stehen. Unerheblich ist, ob die Uebungen während eines Kriegs- oder Ordnungsdienstes oder anläßlich einer Grenzbesetzung stattfinden. Eine ana-

[21]) Vgl. besonders drei Rechtsgutachten des eidg. Justiz- u. Polizeidepartementes an das eidg. Militärdepartement vom 22. Dezember 1914, vom 30. Juli 1915 und vom 12. Juli 1919.

loge Anwendung der abweichenden Bestimmung ist aber nicht zulässig auf dienstliche Anordnungen, welche im Hinblick auf einen bevorstehenden Kampf befohlen wurden, auch dann nicht, wenn sie nur mittelbar durch diese bedingt werden.

Die Praxis ist geteilter Ansicht über die Auslegung des Art. 27 M. O. Das zeigt sich in dem schon einmal angeführten Benkener Fall: Ein Offizier bekam Befehl, den Schmuggelbetrieb auf verschiedenen Straßen abzustellen. Durch seine rechtmäßigen Anordnungen wurden die des Schmuggels verdächtigen Insassen eines Automobils unschuldigerweise getötet. Es fragte sich damals, ob Art. 27 M. O. anwendbar sei, d. h. ob die getroffenen Anordnungen als militärische Uebungen aufzufassen und eine Haftung des Bundes nach Art. 27 M. O. begründen könnten.

Das Bezirksgericht Zürich bejahte diese Frage. „Der Begriff „der militärischen Uebung ist sinngemäß jedenfalls nicht zu be„schränken auf militärische Handlungen, die als Uebung im tech„nischen Sinne der Ausbildung der Truppen dienen, wie Uebungen „im Instruktionsdienst, in den Rekrutenschulen oder in den Wie„derholungskursen. Die militärische Uebung soll hier offenbar in „Gegensatz gesetzt sein zu der eigentlichen Kriegshandlung, wo die „erwähnten Haftungsgrundsätze, insbesondere für besetztes oder „feindliches Gebiet, nicht gelten können. Als Uebung im Sinne der „Art. 27 ff. M. O. dürfen also alle militärischen Handlungen ange„sprochen werden, die sich nicht direkt als feindselige Handlungen „gegen einen bestimmten Gegner richten. Im vorliegenden Falle „handelt es sich nun keinesfalls um eine Verwendung der Truppen „zu dem letztgenannten Zwecke [22]).“

Das Obergericht des Kantons Zürich verwarf die Auffassung der Vorinstanz mit der Begründung, daß Art. 27 ff. M. O. besonders auf die Uebungen von größern oder kleinern Truppeneinheiten abstellen, was hier nicht zutreffe. „Die gleichen Ueberlegungen (näm„lich der Uebungscharakter der militärischen Anordnungen) müs„sen bei der Normierung von Art. 28 M. O. wegleitend gewesen sein. „Daraus folgt schon, daß Unfälle, die nur mittelbar mit solchen „Uebungen zusammenhängen, wie z. B. von Wachtposten des „Nachts oder von Soldaten im Kantonnement an Dritten verur„sachte Verletzungen, nicht als bei der militärischen Uebung erfolgt „angesehen werden dürfen, weil bei ihnen die ratio der Bestimmung „entfällt [23]).“

[22]) Aus dem Urteil vom 3. Februar 1920.

[23]) Aus dem Urteil vom 28. Juni 1920; vgl. auch oben S. 40.

Das Bundesgericht hatte sich schon früher gegen eine analoge Anwendung von Art. 27 ff. M. O. auf polizeiliche und kriegerische Aktionen ausgesprochen. Das Urteil betraf einen Fall, welcher sich während des Basler Generalstreiks ereignete. Durch Schüsse, welche die Ordnungstruppen zur Abwehr von Demonstranten abgaben, wurde ein unbeteiligtes Mädchen getroffen und getötet. Das Bundesgericht äußerte sich damals über die militärischen Uebungen wie folgt: „Der Rechtsgrund der Haftung liegt hier darin, daß die „Truppenübungen für Dritte, Unbeteiligte, unter Umständen eine „Gefährdung in sich schließen, was ein haftpflichtartiges Einstehen „des Bundes für den Fall rechtfertigt, daß die Gefahr sich verwirk- „licht. Die Beschränkung auf den Uebungsdienst ist dabei keine „zufällige. Sie erklärt sich daraus, daß die Truppenübungen nach „Zweckmäßigkeit angeordnet werden können und sich daher auch „der Schaden bei der nötigen Umsicht vermeiden oder auf ein zu „übersehendes verhältnismäßig geringes Maß zurückführen läßt, „während die polizeiliche wie die kriegerische Aktion durch die „äußern Umstände notwendig beherrscht wird und nach ihrem Ziel „die Einwirkung auf Leben und Integrität von Personen und „Sachen selbst meistens notwendig mit umfaßt, so daß eine Ver- „antwortlichkeit für den dadurch bewirkten Schaden die Aktion „selbst lahmlegen und hemmen müßte und eine analoge Ausdehnung „des in Art. 27 und 28 aufgestellten Grundsatzes auf den Aktiv- „dienst im Sinne von Art. 195 M. O., möge er nun in der Abwehr „eines Angriffes von außen oder in der Aufrechterhaltung von Ruhe „und Ordnung im Innern bestehen, wiederum als nicht möglich und „zulässig erscheint[24])." Auch in diesem Falle, wo die dienstliche Handlung zur Abwehr von Schmugglern vorgenommen wurde, lehnte das Bundesgericht die Anwendung von Art. 27 M. O. ab: „Es ist klar, daß das Anhalten des Automobils hier nicht einem „Uebungszwecke diente, sondern zu der besondern polizeilichen „Aufgabe gehörte, mit der die Truppe betraut war[25])."

Im Gegensatz zum zürcherischen Obergericht, welches den Begriff „militärische Uebungen" sehr eng zieht und darunter nur militärische Anordnungen versteht, welche sich unmittelbar auf die Ausbildung beziehen, erweitert das Bundesgericht den Begriff bedeutend und scheint darunter alle militärischen Anordnungen zu verstehen, welche nicht ein unmittelbares „Intätigkeittreten der bewaffneten Macht" sind. Das geht aus der folgenden Stelle hervor:

---

[24]) Vgl. B. G. E. 47, II. 513 ff.
[25]) Vgl. B. G. E. 47, II. 562.

„Es mag daraus gefolgert werden, daß allgemein die Verwendung „der Truppen während der Grenzbesetzung als Uebung zu betrach- „ten ist, und solche können auch im Kriegszustand vorkommen, „aber davon, daß auch die besondern militärischen und polizei- „lichen Aufgaben, mit denen einzelne Truppenteile beauftragt wer- „den, dadurch zu Uebungen gemacht werden, kann nicht ge- „sprochen werden. Die mit einer militärischen oder politischen „Aktion verbundene Anwendung von Gewalt an Personen oder „Sachen, insbesondere der direkt gegen Personen oder Sachen ge- „richtete Gebrauch der Waffe, ist keine Uebung mehr, sondern Ver- „wendung des Geübten zur Erreichung eines bestimmten öffent- „lichen Zweckes [26])."

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes läßt aber nicht mit Bestimmheit darauf schließen, wo die Grenze zu ziehen ist zwischen den dienstlichen Anordnungen, die militärische Uebungen sind, und den eigentlichen militärischen und politischen Aktionen. Die Bundesverwaltung ist jedoch stets der Auffassung gefolgt, daß der Begriff „militärische Uebungen" extensiv auszulegen sei. Sie anerkannte darum eine Entschädigungspflicht nach Art. 27 ff. M. O. für alle Schädigungen, die durch den Grenzbesetzungsdienst herbeigeführt werden. Ein Gutachten des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 12. Juli 1919 sagt über die Auslegung der Art. 27 ff. M. O.: „Keine Bedenken stehen u. E. dem entgegen, daß „der Bund für Unfälle und Sachbeschädigungen, die während einer „Grenzbesetzung durch militärische Verrichtungen verursacht wer- „den, nach Maßgabe der Art. 27 ff. M. O. hafte. Wir sind der An- „sicht, daß die militärischen Verrichtungen im Grenzbesetzungs- „dienst (im Gegensatz zu denjenigen im Kriege) den „militärischen „Uebungen" der Art. 27 ff. M. O. gleichzustellen sind. Es darf auch „nicht außer Acht gelassen werden, daß die Unbilligkeit, die aus „einer Ablehnung einer solchen Haftung resultiert wäre, derart „gegen das Rechtsempfinden verstößt, daß der Bund wohl genötigt „gewesen wäre, durch Erlaß einer Notverordnung oder auf dem „ordentlichen Gesetzeswege besondere Vorschriften über die infolge „der Grenzbesetzung verursachten Unfälle von Zivilpersonen und „Sachbeschädigungen aufzustellen und darin die grundsätzliche „Entschädigungspflicht festzusetzen. Dies ist nicht nötig gewesen, „weil die Praxis der Bundesverwaltung ohnehin die militärischen „Verrichtungen im Grenzbesetzungsdienst als „militärische Uebun- „gen" im Sinne der zitierten Artikel behandelt hat."

---

[26]) Vgl. B. G. E. 47, II. 563.

Das gleiche Gutachten will die Entschädigungspflicht des Bundes nach Art. 27 ff. M. O. auch auf diejenigen Verrichtungen des Ordnungsdienstes ausdehnen, „welche bloß zur Vorbereitung eines eigentlichen Intätigkeittretens der bewaffneten Macht oder sonst nur mittelbar hiezu dienen ....; es stellt sich dies als die Konsequenz der während der Grenzbesetzung geübten konstanten Praxis dar, die auf einer extensiven Interpretation der erwähnten Gesetzesbestimmungen beruht". Es ist mir aber kein Fall bekannt, wo der Bund die Entschädigungspflicht nach Art. 27 ff. M. O. für die Vorbereitungs- und Hilfsverrichtungen des Ordnungsdienstes anerkannt hat. Im Gegenteil, er hütete sich in solchen Fällen, eine Haftpflicht des Staates grundsätzlich zu anerkennen, und wenn rechtliche und politische Erwägungen dennoch für eine Entschädigung „aus Kommiserationsgründen" sprachen, so wurde diese nur unter dem ausdrücklichen Hinweis gewährt, daß damit eine rechtliche Entschädigungspflicht des Staates nicht präjudiziert werde.

Wie das Gutachten selbst hervorhebt, kommt diese extensive Auslegung der Art. 27 ff. M. O. dem allgemeinen Rechtsempfinden entgegen, trotzdem sie dem Willen des Gesetzes widerspricht.

bb) Der Kausalzusammenhang.

Die Schädigung muß infolge militärischer Uebungen stattfinden. Nach welchen Gesichtspunkten bestimmt sich aber der Zusammenhang mit den militärischen Uebungen? Der Schaden kann sowohl die unmittelbare Folge einer im Uebungsdienst ergangenen Anordnung sein, als auch nur anläßlich einer militärischen Uebung entstehen.

Unmittelbare Folge einer militärischen Anordnung ist ein Schaden nur, wenn der schädigende Dienstpflichtige vorschriftsgemäß gehandelt hat. Eine solche Schädigung kann allein dem Staatswillen zugerechnet werden, der in Form von Dienstvorschriften dem Dienstpflichtigen entgegentritt und ihn veranlaßt, pflichtgemäß zu handeln. In diesen Fällen ist der Kausalzusammenhang immer gegeben, indem die pflichtmäßige Handlung rechtlich nicht mehr dem Dienstpflichtigen, sondern dem Staat zuzurechnen ist.

Der Art. 29 M. O. berechtigt jedoch den Bund, auf den schuldigen Urheber des Schadens Rückgriff zu nehmen. Also will er auch für solche Handlungen einstehen, welche der Dienstpflichtige schuldhafterweise und im Widerspruch mit seiner Dienstpflicht vornimmt. Trotzdem ist nicht anzunehmen, daß der Bund für alle Handlungen haften will, welche der Dienstpflichtige während einer

Uebung unternimmt; denn der Dienstpflichtige kann auch als Militärperson bürgerliche Handlungen vornehmen [27]). Für diese Handlungen ist aber eine Haftung des Staates ungerechtfertigt, wie auch der Geschäftsherr für die private Tätigkeit seines Angestellten nicht verantwortlich gemacht werden kann, trotzdem sie vielleicht in die Geschäftszeit fiel. Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz und Art. 61 O. R. sprechen darum von den amtlichen Verrichtungen der Beamten und öffentlichen Angestellten. Wie diese Verrichtungen in einer bestimmten Beziehung zur Amtspflicht stehen müssen, um eine Schadenersatzpflicht nach B. V. G. zu begründen, so haben auch die Handlungen des Dienstpflichtigen in einer ähnlichen Beziehung zu den militärischen Uebungen zu stehen, um den Bund nach Art. 27 ff. M. O. ersatzpflichtig zu machen. Es ist aber unmöglich, diese Beziehung von vornherein für alle in Frage kommenden Fälle festzulegen. Dagegen kann für die Beurteilung der einzelnen Fälle ein allgemeiner Leitgedanke aufgestellt werden; denn die Zurechnung von Handlungen unter einen gesetzlichen Tatbestand muß für alle gleich bleiben und sich offenbar nach dem Zweck vollziehen, den die betreffende Gesetzesbestimmung verfolgt. Mit dem Zweck einer Bestimmung ändert sich dann auch die Art und Weise der Zurechnung.

Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz z. B. will die zivilrechtliche Verschuldenshaftung den öffentlichrechtlichen Verhältnissen der amtlichen Stellung anpassen und berücksichtigt darum nur die Verrichtungen, welche der Beamte in seiner Amtsführung begeht. Amtlich bezieht sich hier auf die Ermächtigung, in amtlicher Eigenschaft zu handeln. Ueberschreitet der Beamte diese Ermächtigung und erscheint seine Handlung nur dem geschädigten Dritten als eine amtliche, so entzieht sie sich der Beurteilung nach B. V. G. [28]). Denn, weil das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz die Schadenersatzpflicht hier ausschließlich zum Schutze des in seiner amtlichen Eigenschaft handelnden Beamten einschränkt, muß jede Anwendung des B. V. G. auf andere Handlungen die Stellung des Geschädigten ungerechtfertigterweise schmälern. Der Dritte hat aber ein Recht, daß jede Handlung, bei welcher der ausnahmsweise

---

[27]) Siehe oben S. 12 f.

[28]) Das B. V. G. enthält zwei Ausnahmen davon: wenn der Bund die Schadenersatzpflicht für einen von der Bundesversammlung gewählten Beamten übernimmt (B. V. G. 33) und wenn der Bund subsidiär für das Betreffnis des Mitgliedes einer Kollegialbehörde haftet (B. V. G. 3). Diese beiden Bestimmungen bestehen auch zum Schutze des geschädigten Dritten. Darum fallen darunter auch Handlungen, welche der Beamte nicht mehr in seiner Amtsführung vornimmt, die aber dem Dritten als Amtshandlungen erscheinen müssen.

Schutz der amtlichen Eigenschaft des Dienstpflichtigen nicht mehr zutrifft, der uneingeschränkten zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht unterworfen werde.

Dagegen bezwecken Art. 27 ff. M. O. mit der Gefährdenshaftung des Bundes außer dem Schutz der öffentlichen Stellung einen Schutz des geschädigten Dritten, da dieser sich denjenigen Handlungen des Dienstpflichtigen, die ihm als dienstliche Uebungshandlungen erscheinen müssen, nicht widersetzen darf. Dieser Schutz ist auch da gerechtfertigt, wo der Dienstpflichtige nicht mehr in seiner dienstlichen Eigenschaft tätig wird, wo seine Handlungsweise aber den Dritten als dienstlich erscheinen mußte; denn dem Privaten ist jede Möglichkeit genommen, einen drohenden Schaden dadurch abzuwenden, daß er z. B. einer dienstlichen Anordnung den Gehorsam verweigert. Die Gefährdenshaftung soll ferner den Bund, bezw. seine verantwortlichen Organe veranlassen, alle Schädigungen immer mehr einzuschränken. Daraus folgt auch, daß der in Art. 27 M. O. gewollte Zweck im allgemeinen nur bei denjenigen Schädigungen erreicht werden kann, auf welche der Bund noch irgendwelchen präventiven Einfluß ausübt, die er z. B. durch bessere oder strengere Dienstvorschriften hätte verhüten können. Der Richter muß daher im einzelnen Fall prüfen, ob eine solche Einwirkung des Staates noch möglich gewesen wäre. Ist sie denkbar, so fällt die Handlung unter Art. 27 ff. M. O., andernfalls haftet der schuldige Dienstpflichtige persönlich für sein Verhalten. Natürlich ist bei dieser Beurteilung auch nicht so bedenklich zu verfahren, daß man den Staat schließlich für jeden Diebstahl verantwortlich macht, nur weil er unterlassen hat, seine Dienstpflichtigen einer strengeren Disziplin zu unterwerfen. Wie beim adäquaten Kausalzusammenhang sind auch hier nur Einwirkungen zu verstehen, die vernünftigerweise und nach allgemein menschlicher Erfahrung dem Staat zugemutet werden dürfen.

Der Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und der Dienstführung, welcher durch allgemeine Erläuterungen nur angedeutet werden kann, wird an einem Beispiel klarer. In einem Wiederholungskurs ereignete sich nachstehender Fall: Einige Soldaten belustigten sich nachts im Kantonnement damit, sich gegenseitig mit Strohbündeln zu bewerfen. Dabei geriet die aufgehängte Laterne zu Fall und steckte das Haus des Kantonnementsgebers in Brand. Auf Grund des damals geltenden Verwaltungsreglementes wies das Bundesgericht eine Zivilklage gegen den Bund mit der Begründung ab, der Brand sei nicht als unmittelbare Folge einer dienstlichen Anordnung entstanden. „Es ist

„im weitern in casu prinzipiell eine Entschädigungspflicht der „Militärverwaltung nach § 279 cit. (jetzt Art. 280) nicht begrün- „det. Denn der streitige Schaden ist jedenfalls nicht durch die „Ausführung militärischer Anordnungen verursacht worden. „Wenn die Klagepartei meint, ohne die militärische Anordnung „der Kantonierung der Truppen in S. wäre der Schaden nicht ent- „standen und deshalb sei der Kausalzusammenhang zwischen dem „Schaden und der militärischen Anordnung gegeben, so kann dies „nicht als richtig anerkannt werden. Nicht jeder anläßlich „der Ausführung militärischer Anordnungen entstandene Schaden, „welcher ohne diese nicht eingetreten wäre, kann als durch diese „verursacht betrachtet werden. Vielmehr besteht ein Kausalzusam- „menhang im iuristischen Sinn dann nicht, wenn der Schaden „nicht die direkte Wirkung der militärischen Anordnung und ihrer „Ausführung war, sondern durch selbständige Mittelursachen her- „beigeführt wurde, sollte auch das Wirksamwerden dieser Mittel- „ursachen erst durch die militärische Anordnung ermöglicht „worden sein [29])."

Der erwähnte Fall ereignete sich unter der Herrschaft des Art. 280 V. R., als die Art. 27 ff. der neuen M. O. noch nicht in Kraft waren. Art. 280 V. R. bestimmt aber, daß der Schaden durch militärische Anordnungen verursacht werden müsse. Ich glaube nicht, daß aus der Ausdrucksweise des V. R. zu schließen ist, die infolge der militärischen Anordnung vorgenommene Schädigung müsse eine pflichtmäßige sein. Es fallen darunter auch Schädigungen, welche durch die pflichtwidrige Ausführung einer militärischen Anordnung herbeigeführt werden.

Der Nachweis, daß ein Schaden pflichtgemäß oder pflichtwidrig verursacht wurde, wird in vielen Fällen unmöglich zu erbringen sein. Der Gesetzgeber mußte daher von vornherein damit rechnen, daß Entschädigungen für scheinbar pflichtmäßige Eigentumsbeschädigungen ausgerichtet werden. Wenn dann nachträglich die Pflichtwidrigkeit der Schädigung offenkundig wurde, so wird der Bund die bezahlte Entschädigung nicht zurückfordern und den Geschädigten auf den fehlbaren Dienstpflichtigen aufmerksam machen, sondern er wird einfach den Schuldigen nach allgemeinen Haftungsgrundsätzen selbst zur Schadenstragung heranziehen. Für das interne Verhältnis: Dienstpflichtiger — Bund gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Verschuldenshaftung auch ohne daß sie wie in Art. 29 M. O. durch das Gesetz

[29]) Vgl. B. G. E. Bd. 12, S. 688.

ausdrücklich erwähnt werden [30]). Das Bundesgericht selbst nimmt an, daß auch pflichtwidrige Handlungen unter Art. 280 V. R. fallen können, wenn es in dem Entscheide fortfährt: „So wird z. B. kein „Zweifel darüber obwalten können, daß ein von einem Soldaten im „Quartier begangener Diebstahl oder Mord u. dergl. nicht als Ein„wirkung der Einquartierung bezeichnet werden kann, wenn auch „die Begehung des Verbrechens durch die Einquartierung ermög„licht wurde. Ein Kausalzusammenhang im Rechtssinn besteht „nur dann, wenn der Schaden direkt durch dienstliche, zum „Zwecke der Ausführung militärischer Anordnungen unternom„mene Handlungen von Militärpersonen verursacht wurde, wobei „dann allerdings darauf, ob die betreffenden Handlungen eine „richtige Ausführung der gegebenen Befehle oder nicht sind, kein „Gewicht gelegt werden darf."

Das Urteil des Bundesgerichtes ist dennoch nicht zu billigen. Trotzdem der Geltungsbereich von Art. 28 M. O. weiter ist als derjenige des Art. 280 V. R. [31]), kann sich Art. 28 außer den eigentlichen Diensthandlungen nur noch auf Handlungen beziehen, welche zwar mit den militärischen Uebungen zusammenhängen, die aber, im Gegensatz zu jenen, von Privatpersonen vorgenommen werden. Abgesehen von diesen Handlungen decken sich die beiden Tatbestände. Was für die dienstlichen Handlungen des V. R. gegolten hat, darf also auch für die militärischen Uebungen der M. O. in Anspruch genommen werden; denn hier wie dort ist die Haftung des Staates eine Gefährdenshaftung, welche auch zum Schutze des geschädigten Dritten aufgestellt ist. Die Zurechnung der Handlungen des Dienstpflichtigen zu den Schädigungen im Sinne des Art. 280 V. R. richtet sich deshalb nach den gleichen Gesichtspunkten wie in den Art. 27/29 der M. O.

Auch im obigen Fall müßte ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Soldaten und dem Militärdienst dann vorgelegen haben, wenn der Bund nach allgemein menschlicher Erfahrung mit derartigen Gefährdungen rechnen mußte, und wenn er ihnen mit zweckmäßigen Maßnahmen hätte vorbeugen können. Das Bundesgericht führt als Beispiele für pflichtwidrige Handlungen des Dienstpflichtigen, welche ebenfalls keine Schadenersatzpflicht des Bundes begründen können, einen Mord oder einen Diebstahl an und vergleicht sie mit dem Schabernacktreiben der Soldaten. Der Vergleich ist unzutreffend. Man könnte die Brandstiftung einem Mord oder einem Diebstahl gleichstellen, wenn z. B.

[30]) Siehe unten S. 62 ff.

[31]) Siehe unten S. 59.

ein Soldat das Kantonnement verläßt, um ein Haus anzuzünden. Dann besteht kein rechtlicher Zusammenhang mehr zwischen Dienst und Brandstiftung. Die Ursache für die verbrecherische Handlung ist vorwiegend in der persönlichen Veranlagung des Täters zu suchen und nicht darin, daß diese Veranlagung nun zufälligerweise im Militärdienst ein Verbrechen ermöglichte. Darum kann dem Bund auch nicht zugemutet werden, solche Ereignisse, deren Häufigkeit erfahrungsgemäß nicht speziell mit dem Militärdienst zusammenhängen, vorauszusehen und für sie einzustehen. Das gilt nur für Vorkommnisse, die dem Militärdienst eigentümlich sind oder deren Wahrscheinlichkeit hier doch stark begünstigt wird. Ein solches Ereignis stellt aber unser Fall dar: Die Brandursache ist hier ein typisches Beispiel für Schädigungen, die besonders im Militärdienst vorkommen können. Zwei Momente weisen daraufhin.

Das stete Zusammensein bringt die Dienstpflichtigen (welche den Dienst oft als eine Art von Ferien auffassen) in eine Stimmung, die zu allerlei Mutwillen reizt. Belustigungen und kleinere Ausgelassenheiten, die zu Exzessen führen können, sind so mit jedem Dienst verbunden. Der Staat kann sie voraussehen und hat mit ihrer Wahrscheinlichkeit zu rechnen. Sie gehören zu den Gefährdungen, welche der dienstliche Betrieb in sich birgt. Darum glaube ich, daß der Bund die Verantwortlichkeit dafür kaum ablehnen darf, wie er es hier getan hat. Auch eine Gefährdenshaftung ist gerechtfertigt; denn die verantwortlichen Organe besitzen die nötigen Mittel, um Exzesse dieser Art einzuschränken. Die Disziplinarstrafgewalt bezweckt nicht immer die rasche Uebermittlung von Anordnungen, sondern will den Dritten auch davor schützen, daß er durch die Ausschreitungen einer undisziplinierten Menge Schaden erleide. Auch wenn die Dienstpflichtigen mangels eines Verschuldens nicht mehr haftbar gemacht werden können wie hier, so ist eine Einwirkung des Staates auf sie möglich. Der Einfluß der verantwortlichen Personen auf die Truppe erschöpft sich nicht in den rechtlichen Mitteln, welche ihnen zur Verfügung stehen.

Dazu kommt ein zweites Moment, welches hier eine Haftung des Staates rechtfertigt. Das Unterbringen von Truppen in Massenquartieren steigert die Feuersgefahr. Wer ein Massenquartier einrichtet, ist sich dessen bewußt und wird stets Maßnahmen zur Verhütung eines Brandes treffen, während er an die Möglichkeit eines Mordes oder eines Diebstahls kaum denken wird. Die gleiche Einsicht leitet den Bund, wenn er Vorschriften aufstellt, welche in Kantonnementen eine besonders strenge Handhabung von Ruhe

und Ordnung verlangen und dabei ausdrücklich auf die größere Feuersgefahr hinweisen [32]). Der Bund rechnet also selbst mit der Feuersgefahr und stellt sie an die Spitze aller Gefährdungen, welche mit einem Kantonnementsbezug verbunden sind. Ich glaube, daraus geht zur Genüge hervor, in welch' engem Zusammenhang hier das schädigende Verhalten der Soldaten mit dem Dienste stand. Wenn der Einzelne verpflichtet wird, Einquartierungen zu dulden, so ist es aber höchst unbillig, die Gefahr, welche unmittelbar damit verbunden ist, von ihm tragen zu lassen und nicht vom Staat, in dessen Interesse die gefährdende Handlung geschieht. Dies um so mehr, als der Geschädigte in den wenigsten Fällen imstande sein wird, den Nachweis der Urheberschaft zu erbringen. Meistens werden sich die Schädigungen in der beschriebenen Weise abspielen, welche es dem Geschädigten unmöglich macht, sich an einen bestimmten Dienstpflichtigen zu halten.

Ein Fall, welcher auch unter Art. 27 ff. M. O. fallen müßte, ereignete sich kürzlich: In einem Dorfe auf dem Lande hatte ein Militärflieger einen Onkel. Um ihm seine Zuneigung zu zeigen, flog der Flieger auf einem dienstlichen Flug über das Dorf, ließ sich im Gleitflug bis auf die Höhe der Telephondrähte hernieder und schaltete dann plötzlich den Motor ein, um sich wieder zu erheben. Das Experiment hatte die unerwartetsten Folgen. Ein Zweispänner, erschreckt durch den plötzlichen Lärm, brannte durch, überrannte eine 60jährige Dame und zerschellte schließlich an einer Mauer, wodurch Pferde, Wagen und Mauer beschädigt wurden. Indem sich der Flieger bis auf die Höhe der Telephondrähte herniederließ, handelte er gegen seine Konsigne, die gebietet, eine bestimmte Höhe zu wahren. Ein Verschulden seinerseits liegt also vor. Sein Verschulden war auch ausschlaggebend für die eigenartigen Wirkungen, welche der Uebungsflug verursachte. Der Flieger ist somit auf jeden Fall ersatzpflichtig.

Zweifelhaft ist nur, ob das Verhalten des Fliegers noch als Uebungshandlung im Sinne der Art. 27 ff. M. O. angesehen werden kann, oder ob der Dienstpflichtige für die Folgen seines Gleitfluges persönlich belangt werden muß. Ein ähnlicher Fall gelangte früher zur bundesgerichtlichen Beurteilung: Ein höherer Offizier erhielt von seinem Vorgesetzten die Bewilligung, sein Privatautomobil für

---

[32]) Vgl. die Dienstanleitung für die schweizerischen Truppen im Felde (Bundesratsbeschluß vom 31. März 1882), welche zur Zeit, als sich das angeführte Beispiel ereignete, in Kraft war. S. 40, Ziff. 19 u. 20. — Vgl. auch das heute geltende Dienstreglement für die schweizerischen Truppen von 1900/1908, Ziff. 78 ff.

dienstliche Zwecke zu benützen. Auf einer Probefahrt verletzte der vom Automobilbesitzer mit der Führung des Fahrzeugs betraute Soldat zwei Kinder. Das Bundesgericht geht in seinem Entscheide von der Tatsache aus, „daß man es nicht mit einem von den Militärbehörden dem Beklagten zur Verfügung gestelltes, eingeschätztes Militärautomobil, sondern mit einem im Eigentum des Beklagten stehenden Privatautomobil zu tun hat, welches dieser mit Ermächtigung seiner Vorgesetzten, aber auf eigene Rechnung und Gefahr verwendete, um sich die Ausübung seines Dienstes zu erleichtern, und über das er auch nach wie vor frei verfügen konnte". Aus diesem Grunde wird die Entschädigungspflicht der Eidgenossenschaft als Halterin des Automobils abgelehnt [33]). Wenn es sich nun im Falle des Fliegers um ein Fahrzeug handelte, das nicht nur eingeschätzt war, sondern sogar im Eigentum des Bundes stand, so müßte man auch eine Haftung des Bundes annehmen.

In beiden Fällen wurden mit der schädigenden Diensthandlung zugleich private Interessen verfolgt: der Automobilführer befand sich auf der Rückfahrt von der Post, wohin er seine Probefahrt unternahm, um gleichzeitig eine ihm bekannte Wirtin dorthin zu bringen [34]); der Militärflieger aber verband mit der vorschriftsgemäßen Uebung — zu der wohl auch das Ueben des Gleitfluges gehörte — eine kleine „Renommiererei" vor seinem Onkel. Trotzdem ist anzunehmen, daß die Schädigung durch den Flieger eine dienstliche Handlung im Sinne des Art. 28 M. O. ist. Man darf bei den dienstlichen Handlungen überhaupt nicht allzusehr auf die Beweggründe abstellen, welche den Dienstpflichtigen bei der Ausführung seiner Pflichten mitbestimmen. Ein neu beförderter Hauptmann schlägt gerne den Heimweg durch seine heimatliche Stadt ein, anstatt seine Einheit auf dem kürzesten Wege nach dem Bestimmungsort zu führen, wie es das militärische Interesse gebieten würde. Trotzdem er den Umweg in seinem eigenen Interesse macht, wird seine Handlung dennoch als dienstliche angesehen werden müssen. Wollte man alle Handlungen der Dienstpflichtigen, bei denen neben dem öffentlichen Interesse die persönliche Eitelkeit mitspielte, nicht mehr zu den dienstlichen rechnen, so würden manche sogenannte Diensthandlungen ihrer Dienstlichkeit entkleidet.

Das Anwendungsgebiet von Art. 27 ff. M. O. ist auch weiter als dasjenige von Art. 280 des Verwaltungsreglementes. Hier wird

---

[33]) Vgl. B. G. E. 46, II. 125 ff.
[34]) Vgl. B. G. E. 46, II. 123.

verlangt, daß ein Schaden durch militärische Anordnungen eingetreten ist. Dort ist ein Schaden infolge militärischer Uebungen entstanden, ähnlich wir das E. H. G. sagt: „Beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten“ [35]). Art. 27 M. O. umfaßt also alle anläßlich militärischer Uebungen entstandenen Schäden. Während militärische Anordnung mehr auf eine mit der Dienstpflicht im Zusammenhang stehende einzelne Handlung des Dienstpflichtigen hinweist, scheint das Gesetz unter militärischen Uebungen weniger die einzelne Handlung als den ganzen Komplex von Handlungen und Vorkehrungen zu verstehen, welche zu einer militärischen Uebung gehören. Dabei kann es vorkommen, daß die für die Uebung tätigen Personen gar keine Militärpersonen sind, sondern Privatpersonen, deren Verhalten zufällig oder im Zusammenhang mit einer vertraglichen Verpflichtung den Gang einer militärischen Uebung beeinflussen kann. Solche Schädigungen können z. B. herbeigeführt werden durch das Verschulden eines fest angestellten Zeigers bei einer Schießübung auf dem Schießstand einer Gemeinde, oder durch das Verschulden von Zivilpersonen, welche beim Heere verwendet werden.

Aber auch Schädigungen von Privatpersonen fallen unter Art. 27 M. O., die zum Bund oder zu einzelnen Dienstpflichtigen überhaupt in keinem rechtlichen Verhältnis stehen und deren Handlungen nur zufällig in den Verlauf einer militärischen Uebung eingreifen. Auch solche zufälligen Einwirkungen Dritter kann sich der Bund fern halten. In vielen Fällen wird es kaum möglich sein, auseinanderzuhalten, welcher Schaden von den Truppen und welcher von Privatpersonen, z. B. von Manöverbummlern herrührt. Der Bund wird deshalb oft für Schaden aufzukommen haben, welcher nicht durch seine eigenen Organe angerichtet wird, sondern durch an den Uebungen unbeteiligte Dritte. Kann der Bund dann nachträglich beweisen, daß diese Personen ein Verschulden trifft, so hat er ihnen gegenüber immer noch das Rückgriffsrecht.

Diese Auffassung bestätigt sich, wenn Art. 1 E. H. G. mit Art. 27 ff. M. O. verglichen wird. Art. 1 E. H. G. kennt drei Befreiungsgründe: Höhere Gewalt, Selbstverschulden und Verschulden von Drittpersonen, worunter Reisende oder bei der Transportanstalt nicht angestellte Personen zu verstehen sind. Wird ein Unfall durch diese Drittpersonen verursacht, so haftet die Unternehmung nicht, weil kein Zusammenhang zwischen ihren Anord-

[35]) Vgl. Guyer: Komm., S. 50.

nungen und dem Dazwischentreten der Drittpersonen besteht. In Art. 27 M. O. wurde dieser dritte Befreiungsgrund nun nicht aufgenommen [36]). Reisende fallen für die militärischen Uebungen außer Betracht, nicht aber die bei der Unternehmung nicht angestellten Personen. Da nun das Gesetz hierüber schweigt, haftet der Bund auch für diese Personen primär, wenn durch ihr Verhalten ein Fehlgehen der militärischen Uebung bewirkt wird. Diese Erweiterung der Haftung ist aber durchaus zu begrüßen. Der Geschädigte kann sich gegen Handlungen und Unterlassungen von Drittpersonen, welche den Gang von militärischen Uebungen beeinflussen, nicht schützen. Diese Pflicht liegt allein dem Staate ob, welcher bei der Veranstaltung von Uebungen auch die nötigen Vorkehrungen gegen Eingriffe Dritter zu treffen hat. War es auch ihm unmöglich, diese Eingriffe zu verhüten, so steht ihm immer noch die Einrede der höhern Gewalt zu.

Wenn nun aber gewöhnliche Bürger, welche zum Bund in keiner vertraglichen Beziehung stehen, dem Art. 27 M. O. unterworfen werden können, so folgt daraus für die Militärpersonen, daß nicht nur Handlungen, welche sie in der Dienstführung begehen, sondern auch ihre bürgerliche Tätigkeit unter Art. 27 M. O. fällt, sofern sie den Verlauf einer militärischen Uebung stört. Bezüglich seiner bürgerlichen Handlungen steht der Dientspflichtige nicht anders da als der Bürger selbst.

c) Die Gründe, welche die Haftung des Bundes ausschließen.

(Höhere Gewalt und Selbstverschulden.)

Höhere Gewalt und Selbstverschulden sind Vorbehalte, welche ganz allgemein jede Schadenshaftung ausschließen. Die Auslegung dieser Befreiungsgründe richtet sich darum nach den Grundsätzen des gemeinen Schadenersatzrechtes.

Ueber die höhere Gewalt gibt es zwei Theorien. Die eine sieht in der höhern Gewalt jeden von außen kommenden Zufall, dessen Abwendung überhaupt unmöglich ist [37]); die andere erklärt, zur höhern Gewalt gehöre zweierlei: das Ereignis müsse außerhalb des Tätigkeitskreises des Verantwortlichen entstehen und vermöge seiner Art die im alltäglichen Leben zu gewärtigenden Zufälle übersteigen [38]). Das Bundesgericht bekennt sich zu keiner der beiden Theorien. Es anerkennt aber, daß nicht jedes zufällige

[36]) Siehe oben S. 36.
[37]) Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, III. S. 93.
[38]) Vgl. Exner: Der Begriff der höhern Gewalt. Wien 1883.

Ereignis, sondern das ungewöhnliche eines solchen, höhere Gewalt ist. „Die Einrede der höhern Gewalt setzt unter allen Umständen „voraus, daß die Ursache des Unfalls konstatiert und des weitern „dargetan sei, daß der Eintritt der schädlichen Folgen trotz aller „Sorgfalt nicht habe vorgesehen, abgewehrt oder vermieden werden „können [39])." Bricht im Kantonnement aus unerklärlicher Ursache eine Feuersbrunst aus, so kann sich der Bund nur dann auf die höhere Gewalt berufen, wenn er nachzuweisen im Stande ist, welches bestimmte Ereignis im konkreten Fall den Schaden herbeigeführt hat [40]).

Auch für das Selbstverschulden des Geschädigten sind diejenigen Gesichtspunkte maßgebend, welche im Zivilrecht über Zulässigkeit und Größe des Selbstverschuldens bestehen. Wie bei der höhern Gewalt fällt die Beweislast auch hier dem beklagten Bund zu. Auch ein Selbstverschulden ist immer mit positiven Tatsachen zu beweisen.

Art. 29 M. O. sagt: Der Bund haftet, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist. Ein Selbstverschulden des Geschädigten braucht die Haftung des Bundes aber nicht unbedingt auszuschließen. Ist es ein leichtes Verschulden, so setzt es den Schadenersatz nur herab. Verschulden und Schadenersatz haben auch hier im richtigen Verhältnis zueinander zu stehen. Darum zahlte der Bund z. B. den Hinterlassenen einer Bauernfrau nicht die volle Entschädigung, da sich die Frau entgegen einer Weisung der Uebungsleitung auf der gefährdeten Seite ihres Bauernhofes zu schaffen machte und darauf durch Geschoßsplitter getötet wurde.

II. Das Rückgriffsrecht des Bundes.

Art. 29 M. O. gewährt dem Bund den Rückgriff auf die Urheber des Unfalls oder der Sachbeschädigung, wenn diese ein Verschulden trifft. Dieser Artikel wäre nicht unbedingt notwendig gewesen. Auch ohne diese ausdrückliche Anerkennung des Rückgriffsrechtes ist der Bund berechtigt, nach den allgemein geltenden Schadenersatzregeln zur Deckung des Schadens auf den Schuldigen zurückzugreifen. Da er für die fremde Handlung

---

[39]) Vgl. B. G. E. Bd. 4, S. 673 ff.; Bd. 7, S. 329 ff.

[40]) Vergleichsweise mag zur Auslegung der höhern Gewalt auch Art. 57 des Eisenbahntransportgesetzes herangezogen werden, der alle Umstände anführt, die nicht als höhere Gewalt geltend gemacht werden können.

einstehen muß, wird er in gleichem Maße geschädigt wie der Dritte selbst. Durch die Anerkennung einer primären Haftung des Bundes wird nur bewirkt, daß der Dienstpflichtige nicht unmittelbar haftet, und daß die Gefahr, der Schuldige könne nicht zahlen, nicht den geschädigten Dritten, sondern die Staatskasse trifft.

Art. 29 M. O. sagt, dem Bund stehe der Rückgriff zu. Der Bund hat nicht etwa die Pflicht, in allen Fällen, wo er für fremdes Verschulden einzustehen hat, auf den Schadenstifter Rückgriff zu nehmen. Es steht in seinem Belieben, den schuldigen Urheber des Schadens ganz oder nur teilweise an der Schadenstragung zu beteiligen. Er kann auch auf sein Rückgriffsrecht verzichten und den Fehlbaren nur disziplinarisch bestrafen, wie z. B. in dem eben erwähnten Falle. Bei einer Artillerieschießübung machte ein Kanonier einen Richtfehler. Der abgefeuerte Schuß platzte in der Nähe eines Bauernhauses und tötete eine vor dem Hause beschäftigte Frau. Der Staat entschädigte die Hinterlassenen, verzichtete aber seinerseits auf eine Regreßklage gegen den fehlbaren Kanonier; er bestrafte ihn nur disziplinarisch, weil er bisher zuverläßig gearbeitet hatte und sein Verschulden zu geringfügig war, um ihm die Auferlegung der ganzen Entschädigungssumme zu rechtfertigen.

Im Regreßverfahren hat der Bund dieselben Voraussetzungen zu beweisen wie, wenn er durch eine Diensthandlung unmittelbar geschädigt worden wäre: Schaden, Verursachung und Verschulden (Art. 42 B. V. G.). Das Urteil, welches im Rechtsstreite des Geschädigten gegen den Bund ergangen ist, bindet aber den Dienstpflichtigen nicht und kann darum auch nicht als rechtskräftige Feststellung gegen ihn dienen. Es ist lediglich ein Tatbestandsmoment, auf Grund dessen der Bund nachträglich das Rückgriffsrecht geltend machen kann. Ein im Entschädigungsprozeß gegen den Bund gefälltes Urteil könnte gegenüber dem Rückgriffspflichtigen nur rechtskräftig werden, wenn er durch den Bund zur Teilnahme am Prozeß aufgefordert wird oder dem Bund unaufgefordert selbst seine Unterstützung im Rechtsstreite anbietet. Das im Regreßverfahren zuständige Gericht ist darum nur dann an das bundesgerichtliche Urteil gebunden, wenn der Regreßpflichtige am Entschädigungsprozeß als Denunziat teilgenommen hat (B. Z. 9 ff.).

Sind mehrere Urheber vorhanden, so haften sie dem Bund solidarisch. Es findet hier Art. 50 O. R. entsprechende Anwen-

dung. Unter Urhebern im Sinne des Art. 29 M. O. sind nicht nur Militärpersonen zu verstehen, sondern auch Zivilpersonen, durch deren schuldhaftes Verhalten das Fehlgehen einer militärischen Uebung bewirkt wurde, sie mögen zum Staat in einem Vertragsverhältnis stehen oder nicht.

Ueber das Verschulden äußert sich das Gesetz nicht bestimmter. Es ist anzunehmen, daß dasselbe sowohl leichte und grobe Fahrlässigkeit als auch Vorsatz umfaßt. Verschiedene Umstände sprechen zwar für eine Einschränkung des Verschuldens: Der Bürger wird gezwungen, seine Militärdienstpflicht zu erfüllen. Zu diesem Zwecke reiht man ihn gewaltsam in einen „Betrieb" ein, der an Gefährlichkeit seinesgleichen sucht, ohne ihn zu fragen, ob er sich dieser Stellung gewachsen fühle und die damit verbundene Verantwortung auf sich nehmen könne. Jeder Wehrmann ist zur Bekleidung eines Grades, zur Leistung des hierfür vorgeschriebenen Militärdienstes und zur Uebernahme eines ihm übergebenen Kommandos verpflichtet (M. O. 10). Dem Einzelnen wird also eine Tätigkeit zugemutet, die für sein Vermögen nicht unbedeutende Folgen nach sich ziehen kann. Darin liegt eine gewisse Unbilligkeit. Während jemand im Privatleben die Folgen seiner Tätigkeit in der Regel überblicken kann und im entgegengesetzten Fall eine Handlung unterlassen kann, sieht sich der Dienstpflichtige im Militärdienst veranlaßt, alle befohlenen Handlungen auszuführen, ohne sich auf die hiezu notwendigen Fähigkeiten prüfen zu können. Auch im Privatleben wird der Einzelne in größeren Betrieben tätig, die gesteigerte Anforderungen an sein Verantwortlichkeitsgefühl stellen und für ihn finanziell unangenehme Folgen mit sich bringen können, wie z. B. im Eisenbahnbetrieb. Hier erscheint aber die Uebernahme der gesteigerten Verantwortung durch den freiwilligen Entschluß des Dienstpflichtigen gerechtfertigt, er hat die Möglichkeit, vorher seine Veranlagung mit den Anforderungen zu vergleichen, die eine solche Stellung an ihn richtet. Fühlt er sich ihnen nicht gewachsen, so kann er verzichten oder einen weniger verantwortungsvollen Posten übernehmen. Diese Freiheit der Entschließung geht dem Dienstpflichtigen ganz ab. Meistens ohne seine Eignung näher zu untersuchen, werden ihm Pflichten zugewiesen, die er zu erfüllen hat, so gut es eben geht.

Man könnte sich deshalb fragen, ob die zivilrechtliche Haftung des Regreßpflichtigen nicht auf schweres Verschulden beschränkt werden solle, wie es in einigen Beamtenverantwortlich-

keitsgesetzen vorgesehen ist [41]). Eine derartige Einschränkung der Schadenersatzpflicht wäre aber unzweckmäßig. Der Dienstpflichtige will im Verkehr mit gewöhnlichen Bürgern häufig seine Eigenschaft als Vertreter der Staatsgewalt betonen. Das veranlaßt ihn nur zu oft, in die Privatrechtssphäre einzugreifen, wenn es gar nicht nötig wäre, allein um einem Gefühle von eigener Wichtigkeit nachzugeben, z. B. durch unnötiges Betreten von Kulturen, fahrlässiges Beschädigen von Kantonnementen u. s. f. In allen diesen Fällen trifft ihn nur ein leichtes Verschulden. Nach dem oben Gesagten wäre also eine Regreßpflicht des Bundes ausgeschlossen. Durch disziplinarische Bestrafung kann nun diesem Unfug allerdings entgegengetreten werden. Ein wirksameres Mittel aber ist stets die persönliche Haftung für den eingetretenen Schaden. Der Soldat setzt sich meistens über eine disziplinarische Bestrafung weniger leicht hinweg, wenn er den eingetretenen Schaden selbst ersetzen muß. Die unbeschränkte zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist deshalb besonders geeignet, den Bürger von diesen kleinen Belästigungen des von seiner Uniform allzusehr eingenommenen Wehrmannes zu schützen. Sollte aber ein Dienstpflichtiger auf dem Regreßwege für einen Schaden verantwortlich gemacht werden, der zu seinem Verschulden in keinem Verhältnis steht, so hat der Richter immer noch die Möglichkeit, in Anwendung von Art. 43 und Art. 44, Abs. 2, O. R. den Schadenersatz entsprechend herabzusetzen, denn die Grundsätze über die Bestimmung und Herabsetzung des Schadenersatzes werden für unsere Fälle durch Art. 29 M. O. nicht außer Kraft gesetzt. Dieser Fall ist übrigens nicht sehr wahrscheinlich, da der Staat selbst ein Interesse daran hat, daß seinen Dienstpflichtigen in der dienstlichen Stellung volle Gerechtigkeit widerfährt. Eine unbillige Handhabung der Rückgriffshaftung kann schließlich zu einer Lähmung der staatlichen Tätigkeit führen. Das oben erwähnte Beispiel beweist auch, daß der Bund selbst schon auf die Geltendmachung des Rückgriffes verzichtet hat.

[41]) Vgl. § 141 des Schaffhausischen Einführungsgesetzes zum Z. G. B., wo das Rückgriffsrecht beschränkt ist auf Arglist und grobe Fahrlässigkeit des Beamten. — Vgl. auch § 839 B. G. B. und Abs. 3 des deutschen Reichsgesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910.

C. Der übrige Dienst

(die nicht unter Art. 27/29 M. O. fallenden Schädigungen).

Soweit die dienstliche Tätigkeit nicht als militärische Uebung aufgefaßt werden kann, gelten zivilrechtliche Bestimmungen. Art. 59 Z. G. B. schließt für die öffentlichrechtliche Tätigkeit die Haftung des Bundes nach Zivilrecht aus. Eine Haftung darf hier erst angenommen werden, wenn sie durch einen besonderen Satz des öffentlichen Rechts ausgesprochen wird. Dagegen gestattet Art. 61 O. R. die Anwendung des ganzen Abschnittes über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen auch auf öffentlichrechtliche Verhältnisse, wenn darüber keine abweichenden Vorschriften bestehen.

Wenn hier untersucht werden soll, wann die nicht unter Art. 27. ff. M. O. fallenden Tatbestände eine Schadenersatzpflicht begründen können, so hat dies mithin von zwei Gesichtspunkten aus zu geschehen: Wann haftet der Dienstpflichtige nach den Art. 41 ff. des Obligationenrechtes und wo kann eine über Art. 27 ff. M. O. hinausgehende Haftung des Staates angenommen werden?

I. Die Haftung des Dienstpflichtigen.

1. Das Verhältnis von Art. 41 ff. O. R. zum Beamtenverantwortlichkeitsgesetz.

Es wurde oben gezeigt, daß die materiellen Voraussetzungen des B. V. G. auch für die Militärpersonen als abweichende Bestimmungen in Frage kommen. Das Bundesgericht begründet diese Anwendung mit der Deduktion a fortiori: Die Haftung nach Art. 41 ff. O. R. wird eingeschränkt durch die materiellen Voraussetzungen des B. V. G., über deren Rahmen die persönliche Verantwortlichkeit des Dienstpflichtigen nicht hinausgehen darf. Theoretisch ist damit die unmittelbare Anwendung des B. V. G. auf Militärpersonen ausgeschlossen, die mangels abweichender Bestimmungen dem O. R. unterworfen bleiben. Praktisch kommt aber die Anwendung von Art. 41 ff. O. R. in Verbindung mit der Beamtenhaftpflicht als Haftungsrahmen darauf hinaus, daß man auch auf Militärpersonen das für die Beamten geltende materielle

Schadenersatzrecht unmittelbar anwendet. Das Verantwortlichkeitsgesetz enthält nur Bestimmungen, welche die allgemeine Schadenersatzpflicht einschränken. Die Schadenersatzpflicht nach O. R. ist daher umfangreicher als die besondere nach B. V. G. Wenn aber nach Art. 61 O. R. überall, wo die abweichenden Bestimmungen schweigen, subsidiär O. R. zur Anwendung kommen soll[1]), so muß man bei der praktischen Anwendung dieser verschiedenen Bestimmungen zum gleichen Ergebnis gelangen, ob man vom O. R. als gesetzlicher Grundlage ausgeht und die einschränkenden Bestimmungen des B. V. G. a fortiori zuläßt, oder ob man von den materiellen Voraussetzungen des B. V. G. ausgehe und nur, wenn diese keine genügenden Bestimmungen enthalten, auf die entsprechenden Artikel des O. R. zurückgreift. Man darf darum sagen, daß die materiellen Voraussetzungen des B. V. G. in der Praxis unmittelbar auch auf Militärpersonen anwendbar sind.

2. Der gesetzliche Tatbestand.

Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz enthält wenig materielle Vorschriften. Art. 7 setzt für die zivilrechtliche Haftung eine rechtswidrige Handlung im Sinne des Art. 4 und einen dadurch verursachten positiven Schaden voraus. Art. 4 bezeichnet die rechtswidrige Handlung des Beamten als eine Verübung von Verbrechen und Vergehen in der Amtsführung oder als eine Uebertretung der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder Reglemente. Endlich weicht Art. 12 B. V. G. von Art. 60 O. R. ab, wenn er die zehnjährige Verjährung auf fünf Jahre beschränkt.

a) Der Schaden.

Das B. V. G. verlangt für die Begründung der Schadenersatzpflicht einen positiven Schaden. Die Bedeutung dieses etwas unklaren Begriffes wurde schon bei der Erörterung des gesetzlichen Tatbestandes von Art. 27 M. O. berührt[2]). Das Gesetz will den Schadenersatz wahrscheinlich wie die Militärorganisation auf ein damnum emergens beschränken, obwohl hier nicht dieselben Gründe dafür sprechen, indem der Bund nach dem B. V. G.

[1]) Escher (S. 168) sagt: „Diese Gesetzesbestimmungen selber sind aber so wenig genau und geben so wenig Anhaltspunkte, daß man auch in diesen Fällen schließlich doch auf das ius commune, also auf das Obligationenrecht abstellen muß, soweit eben nicht das Verantwortlichkeitsgesetz besondere Formen enthält. Daher ist für die Existenz der Frage, ob öffentliches oder ziviles Recht anzuwenden sei, meist nicht von großer Bedeutung."

[2]) Siehe oben S. 44 f.

nur ausnahmsweise haftet [3]). Vielleicht bezweckt das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz mit dieser Einschränkung nur eine Besserstellung des Beamten gegenüber dem Privatmann, der auch für entgangenen Gewinn und tort moral ersatzpflichtig wird.

b) Die Dienstführung.

Wenn die materiellen Voraussetzungen der Beamtenhaftpflicht auch für Militärpersonen gelten, so ist es notwendig, ihre dienstliche Tätigkeit von der bürgerlichen abzugrenzen. Nach dem Beamtenverantwortlichkeitsgesetz wird die zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründet durch rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen in der Amtsführung. Eine Anwendung der Beamtenverantwortlichkeit auf Militärperonen ist darum auch a fortiori nur in ihrer Dienstführung zulässig. Welche Handlungen des Dienstpflichtigen in die Dienstführung fallen, kann wieder nur unter Berücksichtigung des Zweckes bestimmt werden, den die abweichende Regelung verfolgt. Im Gegensatz zu Art. 27 ff. M. O. und zu Art. 280 V. R. bezwecken die Bestimmungen des Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes ausschließlich den Schutz derjenigen Personen, welche mit der Wahrung des öffentlichen Interesses betraut sind. Der Schutz trifft darum auch nur für Verrichtungen zu, die ein Dienstpflichtiger wirklich im öffentlichen Interesse vornimmt oder wenigstens im öffentlichen Interesse vorzunehmen glaubt. Es wäre unbillig, auch solche Handlungen der abweichenden Regelung zu unterwerfen, bei deren Vornahme der Dienstpflichtige als gewöhnlicher Bürger gehandelt hat und darum rechtlich auch nicht anders behandelt werden darf, umsomehr, als die Beamtenverantwortlichkeit die gemeine, zivilrechtliche Verantwortlichkeit einschränkt.

Wann handelt aber der Dienstpflichtige in der Dienstführung? Die besondere Verantwortlichkeit für die Beamten trifft hier jeden, der in amtlicher Eigenschaft, d. h. im öffentlichen Interesse handelt. Im öffentlichen Interesse kann jemand aber nur tätig werden, wenn er seine persönlichen Interessen hinter diejenigen der Allgemeinheit stellt. Letzteres ist auch dafür ausschlaggebend, ob eine Handlung noch in die Dienstführung fällt oder nicht.

Die Dienstvorschriften ermächtigen den Dienstpflichtigen, im öffentlichen Interesse zu handeln, indem sie ihn z. B. verpflich-

[3]) Siehe oben S. 53, Anmerkung 28.

ten, unter bestimmten Voraussetzungen einer Anordnung Gehorsam zu leisten (D. R. 19/20) oder nach eigenem Ermessen zu handeln (D. R. 97). Der Inbegriff aller Pflichten, welche so für den Dienstpflichtigen entstehen, nennt man seine Dienstpflicht. Um diesen Pflichten noch besonderen Nachdruck zu verschaffen, wird ihre gewissenhafte Beachtung durch die Androhung von besonderen Strafen, die Disziplinarstrafen, geschützt. Auch im Disziplinarstrafrecht gilt aber der Satz, daß nur derjenige, strafbar ist, welcher schuldhaft handelt [4]). Die disziplinarische Verantwortlichkeit und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit in der Dienstführung beziehen sich darum beide auf einen dienstlichen Rechtssatz und sind beide auf dem Verschuldensprinzip aufgebaut. Sie unterscheiden sich somit einzig darin, daß bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit ein Schaden verursacht worden ist und ersetzt werden soll, während bei der disziplinarischen Verantwortlichkeit nur die Dienstpflicht verletzt worden ist und gesühnt werden soll. Die der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit in der Dienstführung unterstehenden Fälle erscheinen deshalb jedenfalls als ein enger gezogener Kreis innerhalb der unter die disziplinarische Verantwortlichkeit fallenden Tatbestände. Daraus muß auch folgen, daß eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit in der Dienstführung nur denkbar ist, wenn mit der schädigenden Handlung gleichzeitig eine Dienstpflichtverletzung begangen wird. Dasselbe geht für die Beamten aus dem ganzen Aufbau des Verantwortlichkeitsgesetzes hervor [5]). Ein Merkmal für die zum Schadenersatz verpflichtenden Handlungen, welche der Dienstpflichtige in seiner Dienstführung begeht und auf die das B. V. G. a fortiori angewendet werden kann, ist also, daß das schädigende Verhalten gleichzeitig eine Dienstpflichtverletzung ist.

Allein auch die Handlungen des Dienstpflichtigen, welche seine disziplinarische Bestrafung nach sich ziehen, sind für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nicht immer als in der Dienstführung erfolgt aufzufassen. Mißbraucht jemand die ihm anvertraute Dienstgewalt, um z. B. einen Privaten, auf den er nicht gut zu sprechen ist, ohne jeden Grund zu verhaften und öffentlich abzuführen, so wird er nach Art. 87 M. St. G. disziplinarisch oder strafrechtlich verantwortlich. Nimmt man an, er habe im Dienste gehandelt, so hätte der in seinen persönlichen Verhält-

[4]) Vgl. Entwurf zum neuen M. St. G. Art. 179 und die Botschaft dazu, S. 49.
[5]) Siehe oben S. 22 f.

nissen verletzte Private keinen Anspruch auf Genugtuung, weil das B. V. G. eine solche für die Dienstführung nicht erwähnt. Trotzdem der Dienstpflichtige disziplinarisch haftet, treffen hier die Gründe, welche eine Einschränkung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit rechtfertigen, nicht zu. Eine Verhaftung, die allein zu dem Zwecke erfolgt, sich persönlich Genugtuung zu verschaffen, läßt jemand nicht mehr in dienstlicher Eigenschaft vornehmen.

Ebenso verhält es sich mit einem Verstoß gegen die guten Sitten. Zum Schadenersatz wird auch verpflichtet, wer den andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich schädigt (D. R. 41, Abs. 2). Handelt ein Dienstpflichtiger aber absichtlich gegen die guten Sitten, so tut er es sicher nicht mehr in der Dienstführung. Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz erwähnt auch nur die rechtswidrige Schädigung, ohne den Verstoß gegen die guten Sitten zu berücksichtigen (Art. 4). Mißbraucht jedoch der Dienstpflichtige seine Befehlsgewalt zu einem absichtlichen Verstoß gegen die guten Sitten, so wird er disziplinarisch verantwortlich (M. St. G. 87 und 166, Ziff. 26). Dennoch haftet er aber wie ein Privater, wenn seine Handlung nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse geschah. Ein Verstoß gegen die guten Sitten könnte für den Dienstpflichtigen also nur ausgeschlossen werden, wenn er seine persönlichen Wünsche und Bedürfnisse hinter diejenigen der Allgemeinheit stellt. Sonst entzieht sich sein Verhalten dem Dienstrecht und untersteht dem bürgerlichen Recht (Art. 41, Abs. 2). Das zeigt ein Beispiel [6]):

Der Wirt des Hoferbades konnte sich entgegen dem Antrag seines Regimentskommandos von einem Wiederholungkurs befreien, welcher in der Nähe seines Gasthofes abgehalten werden sollte. Der Regimentskommandant wurde darüber und über einen Wortwechsel zwischen ihm und dem Gasthofbesitzer aufgebracht und befahl, daß der Besuch des Hoferbades während des ganzen Wiederholungskurses der Truppe verboten werde. Der Wirt sah sich in seinen Rechten verletzt und klagte auf Ersatz des ihm infolge des Wirtshausverbotes entgangenen Gewinnes. Das Bezirksgericht hieß die Klage gut, und das Kantonsgericht St. Gallen bestätigte das Urteil, indem es annahm, es liege ein absichtlicher Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41, Abs. 2, O. R. vor. Die Begründung sei in extenso hier angeführt:

[6]) Aus einem Urteil des st. gallischen Kantonsgerichts vom 18. Juni 1914.

„Es bleibt zu entscheiden, ob nicht ein Verstoß gegen Art. 41, „Abs. 2, d. h. eine absichtliche Schädigung des Klägers vorliegt. „Die Beklagten bestreiten dies, indem sie sich auf Art. 200 D. R. „berufen. Dieser Artikel [7]) . . . . hat indes wohl kaum Fälle wie „den vorliegenden im Auge und kommt hier offensichtlich gar „nicht in Frage. Es läßt sich nicht einsehen, auf welche Weise „die äußere Ruhe und Ordnung in Appenzell hätte gestört werden „sollen, wenn die Mannschaft des Schützenbataillons 7 das Hofer- „bad besucht hätte. Die Berufung auf Art. 200 ist aber gar nicht „notwendig, da zweifellos der Truppenkommandant grundsätzlich „das Recht hat, aus sachlichen Gründen, z. B. übler Ruf des „Lokales, Ueberforderung, Verkauf schlechter Waren u. dgl., der „Mannschaft den Besuch gewisser Wirtschaften, Ladengeschäfte „etc. zu verbieten. In Wirklichkeit stützen sich denn auch die „Beklagten auf letztere Befugnis, indem sie geltend machen, daß „die Disziplin der Truppe durch den Verkehr im Lokal des „Klägers gefährdet gewesen wäre. Daß diese Gefahr vorhanden „gewesen sei, kann nun aber nicht angenommen werden. Wäre „das richtig, was zu Beginn des Prozesses vom damaligen Anwalt „der Beklagten behauptet worden ist — daß der Kläger ange- „sichts der Truppe den Regimentskommandanten verhöhnt und „verspottet habe —, dann müßte der Auffassung der Beklagten „allerdings beigepflichtet werden; denn daß von einem Wirte, der „sich derart benommen hätte, kein guter Einfluß auf die Besucher „seines Lokales hätte erwartet werden können, ist klar. Tatsäch- „lich wird dem Kläger heute — abgesehen von der Dispensation, „die aber von der kantonalen Militärbehörde genehmigt war — „nur noch ein Wortwechsel mit dem Beklagten S. unter vier Augen „vorgeworfen, wobei G. es am Anstand habe fehlen lassen. Ein „solcher Wortwechsel an sich allein jedoch konnte, auch wenn „er sich gemäß der Darstellung des Beklagten zugetragen haben „sollte, dem Regimentskommandanten kein Recht geben, mit einer „so einschneidenden Maßregel wie dem erlassenen Wirtshaus- „verbot gegen den Kläger vorzugehen. Für die Ahndung einer „Verletzung des Anstandes hätte er andere Mittel zur Verfügung „gehabt. Mit dieser Maßregel hat der Beklagte S. den Kläger, „lediglich um ihn für sein Verhalten zu strafen, ungerecht-

[7]) Ziff. 200 D. R. sagt: „Jeder Truppenkommandant hat die nötigen Maßregeln für Handhabung von Ruhe und Ordnung zu treffen. Er bezeichnet die hiezu nötigen Truppeneinheiten oder Abteilungen. In der Regel genügen Wachen und Bereitschaftstruppen (Pikette). Sofern die öffentliche Sicherheit es erfordert, sind weitere, nötigenfalls alle Truppen einzusetzen."

„fertigterweise an seinem Verdienste geschädigt und schädigen „wollen, und damit hat er in der Tat eine Handlung begangen, „die unter Art. 41, Abs. II O. R. fällt."

Das Kantonsgericht erklärt ausdrücklich, daß ein Truppenkommandant das Recht habe, aus sachlichen Gründen den Besuch von Wirtschaften zu verbieten. Dieses Recht läßt sich nur aus der Dienstgewalt ableiten. Mißbraucht es der Dienstpflichtige, so mißbraucht er auch die ihm anvertraute Dienstgewalt. Er handelt also pflichtwidrig. Die pflichtwidrige Handlung hätte aber im vorliegenden Fall eine Schadenersatzpflicht des Regimentskommandanten gegenüber dem Wirt noch nicht begründen können, weil das verletzte Rechtsgut nicht im Interesse des Dritten geschützt war, sondern im Interesse des Staates. Der Wirt des Hoferbades kann kein Interesse daran haben, daß der Staat aus Gründen der Disziplin oder zum Schutze der Dienstpflichtigen gewisse Lokale verbieten darf. Der Wirt hatte aber ein Interesse daran, daß ihn sein Vorgesetzter nicht als Privatmann in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädige. Da in casu St. nicht im öffentlichen Interesse, sondern als Bürger handelte, nahm das Gericht deshalb mit Recht an, seine Handlung sei eine private Sache und St. hafte nach Art. 41, Abs. 2, O. R.

Das Verhalten des Dienstpflichtigen ist in beiden Beispielen nach dem uneingeschränkten zivilrechtlichen Schadenersatzrecht zu beurteilen, da er seine persönlichen Interessen verfolgte. Die dienstpflichtwidrigen Handlungen und Unterlassungen, welche a fortiori dem B. V. G. unterstehen, müssen sich also auch dadurch kennzeichnen, daß sie dem überwiegenden Interesse des Staates dienen sollten. Nur dann erscheint die vorzugsweise Behandlung durch das B. V. G. gerechtfertigt. Damit werden diese Handlungen nicht notwendigerweise zu rechtmäßigen. Auch jemand, der in fremdem Interesse handelt, kann die erforderliche Sorgfalt außer Acht lassen, ohne daß die Handlung in seinem eigenen Interesse zu geschehen braucht.

Demnach fallen zwei Gruppen von Handlungen unter die Dienstführung im Sinne des B. V. G.: diejenigen Handlungen, zu welchen der Dienstpflichtige ermächtigt ist, die er aber aus Unkenntnis, Nachlässigkeit etc. nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchführt, und diejenigen Handlungen, welche er im überwiegenden öffentlichen Interesse vorzunehmen glaubt, zu denen er aber nicht ermächtigt ist. In beiden Fällen stellt der Dienstpflichtige das Allgemeininteresse über sein persönliches.

Eine a fortiori Anwendung der Beamtenverantwortlichkeit auf Militärpersonen will aber gerade dieses Handeln im Interesse anderer schützen, ganz abgesehen davon, ob die Handlungsweise des Dienstpflichtigen rechtmäßig war oder nicht. Absichtliche Schädigungen werden darum meistens nicht mehr in die Dienstführung fallen. Das Bundesgericht sagt darüber: „Dagegen besteht immerhin insofern eine gewisse Verquickung der Schuldfrage mit der Frage nach der Widerrechtlichkeit, als der Nachweis eines groben Verschuldens geeignet ist, Zweifel darüber entstehen zu lassen, ob der Eingriff in Ausübung der Dienstpflicht erfolgt sei. Bedient sich der Soldat gänzlich ungeeigneter oder verbotener Mittel zur Ausführung einer angeblich dienstlichen Maßnahme, so kann das den Schluß rechtfertigen, er habe in Wirklichkeit nicht dienstliche, sondern private (z. B. Rachezwecke) verfolgt [8])."

c) Die rechtswidrige Handlung.

Nach Art. 4 B. V. G. ist die schädigende Handlung eine rechtswidrige. Ein Verschulden wird vorausgesetzt [9]). Ohne diese subjektive Voraussetzung wird das Gesetz kaum eine Verantwortlichkeit annehmen wollen. Schuldhaft sind diejenigen Handlungen und Unterlassungen, die auf einen den Anforderungen des Rechts nicht entsprechenden Willen zurückzuführen sind [10]). Eine rechtswidrige Handlung im Sinne des Art. 4 B. V. G. setzt also zweierlei voraus: gewisse Anforderungen des Rechts, die einen verlangten Erfolg herbeiführen oder einen mißbilligten verhindern wollen (die objektiven Voraussetzungen) und ein Verhalten des Dienstpflichtigen, das diesen Anforderungen nicht entspricht (die subjektive Voraussetzung).

aa) Die Widerrechtlichkeit (objektive Voraussetzung).

Wenn der Dienstpflichtige in dienstlicher Eigenschaft tätig wird, treten an Stelle der allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts die besonderen Dienstvorschriften. Entspricht die Diensthandlung diesen besonderen Anforderungen nicht, so ist sie eine dienstpflichtwidrige.

Können aber alle dienstpflichtwidrigen Handlungen eine Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 7 B. V. G. begründen, oder

---

[8]) Vgl. B. G. E. 47, II. 181.
[9]) Vgl. Escher, S. 168 ff.
[10]) Vgl. Becker: Komm., S. 148.

ist unter den dienstlichen Pflichten zu unterscheiden zwischen solchen, deren Verletzung einen Anspruch des Dritten begründet, und solchen, die nur eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat aufstellen? Die Literatur vertritt meistens die Auffassung, daß unter den Pflichten, welche mit einer öffentlichen Stellung verbunden sind, zwischen Amts- und Dienstpflichten zu unterscheiden ist, entsprechend der Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen [11]). Wird durch eine schädigende Handlung eine „Dienstpflicht" verletzt, so kann der geschädigte Dritte keine Ersatzforderung geltend machen, da eine Dienstpflicht nur Staat und Dienstpflichtigen bindet; nur die Verletzung der „Amtspflicht", welche durch das objektive Recht aufgestellt wird, verpflichtet oder berechtigt zugleich Staat, Dienstpflichtigen und Dritten. Diese Auffassung ist in § 839 B. G. B. ausgedrückt, der den Beamten nur haften läßt, wenn er die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Darum scheidet man in Deutschland streng zwischen Amtspflichten, die gegenüber Drittpersonen bestehen, und Dienstpflichten, die durch Verwaltungsverordnungen aufgestellt werden [12]), obschon diese Unterscheidung oft etwas willkürlich erscheint; denn die Ermittlung einer dem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht ist nicht immer leicht. Im schweizerischen Recht fehlt eine ähnliche Bestimmung. Art. 117 B. V. bestimmt nur, daß die Beamten für ihre Geschäftsführung verantwortlich sind. Auch aus dem B. V. G. und den besondern Tatbeständen des Sch. u. K. G. (Art. 5) und des Z. G. B. (Art. 42, 426, 849, 955) ist nicht ersichtlich, daß die Verantwortlichkeit der Beamten den Dritten gegenüber anders sein soll als gegenüber dem Staat. Art. 4 B. V. G. bestimmt im Gegenteil, daß eine Handlung rechtswidrig sei, wenn sie die Bundesverfassung, Bundesgesetze und Reglemente übertrete. Hätte der Gesetzgeber die zivilrechtliche Rechtswidrigkeit gegenüber der disziplinarischen Dienstpflichtwidrigkeit einschränken wollen (wie das durch § 839 B. G. B. geschieht), so hätte dies durch das B. V. G. geschehen müssen. Nach den geltenden Bestimmungen wird jedoch die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Dienstpflichtverletzung als Voraussetzung für die disziplinarische Verantwortlichkeit gleichgesetzt, wenn Art. 4 B. V. G. sagt: „Die Ver„antwortlichkeit wird begründet durch Verübung von Ver„brechen und Vergehen in der Amtsführung, sowie durch

[11]) Vgl. Fleiner: Institutionen, S. 62 ff.; Schütz: Die Ersatzpflicht des Staates, S. 49 ff.

[12]) Vgl. Delius: Die Haftpflicht des Beamten, S. 190.

„Uebertretung der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder „Reglemente", und der folgende Artikel gleich weiterfährt: „Die Verantwortlichkeit kann disziplinarische Verfügungen, „Zivilklage und Kriminalklage zur Folge haben." Daraus geht hervor, daß der Beamte dem Dritten für seine gesamte Geschäftsführung verantwortlich ist. „Ajoutant que le fonctionnaire „est tenu de connaître toutes les dispositions légales ou réglemen„taires qui le concernent, et les usages de son dicastère, pour lui, „vis-à-vis des tiers du moins, l'erreur de droit est foncièrement in„excusable; bien plus sa qualité professionnelle constitue dans „tous les cas une circonstance aggravante. L'on peut donc poser „en principe que le fonctionnaire engage sa responsabilité toutes „les fois qu'il viole un devoir inhérent à sa fonction [13])."

Das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz scheint also die Auffassung zu vertreten, jede Handlung sei widerrechtlich, welche ohne Befugnis vorgenommen wird. Die Widerrechtlichkeit läge schon dann vor, wenn der Beamte in der Amtsführung irgendeine Pflichtwidrigkeit begeht, unerheblich, ob die verletzte Norm einen ausdrücklichen Schutz des Geschädigten bezweckt oder ob sie nur der Regelung des amtlichen Verkehrs innerhalb der Verwaltung dient (subjektive Widerrechtlichkeitstheorie).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung vertrat aber stets den Standpunkt der objektiven Widerrechtlichkeit und nimmt die Widerrechtlichkeit einer Handlung nur dann an, wenn sie ein rechtlich geschütztes Interesse des Dritten verletzt. „Für die Feststellung „der Widerrechtlichkeit einer Handlung ist vielmehr, nach kon„stanter Praxis des Bundesgerichts, maßgebend, ob sie gegen posi„tive kantonale oder eidgenössische Schutznormen verstößt [14])." Auch gegenüber dienstlichen Handlungen wird das Bundesgericht denselben Standpunkt vertreten. Verordnungen und Befehle, die zur Regelung des innern, dienstlichen Verkehrs erlassen werden, verpflichten den Dienstpflichtigen nur im Interesse des Staates, und ihre Verletzung macht den Schädigenden auch nur dem Staate ersatzpflichtig, weil die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nur diesem gegenüber erfüllt ist.

Wann eine Vorschrift oder ein Befehl zum Schutze des Dritten erlassen wird, ist nicht immer leicht festzustellen. Ein Entscheid des Bundsgerichts anerkennt den objektiv rechtlichen Charakter eines Bundesbeschlusses vom 27. Februar 1918 über die Ab-

[13]) Vgl. Ott: La revision de la loi fédérale sur la responsabilité (in Z. f. schw. R. n. F. Bd. 31, S. 170, Anm. 15).

[14]) Vgl. B. G. E. 47, II. 179; vgl. auch Bd. 32, II. 279 u. 366.

änderung der Ziffern 201—203 des Dienstreglementes betr. den Waffengebrauch. „Ihre formelle Verbindlichkeit ist nicht anzuzwei-„feln, da sie vom Bundesrat in Ausübung seiner Befehlsgewalt über „das Heer erlassen worden sind und materiell nicht über die „Schranken hinausgehen, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, „insbesondere vom Standpunkt des Schutzes der persönlichen „Rechte aus, gezogen werden müssen, den Gebrauch der Waffe nur „als letztes Zwangsmittel zur Durchführung der polizeilichen Auf-„gabe und letztes Schutzmittel gegen Angriffe auf die Truppe oder „die ihr vertrauten Personen und Sachen vorsehen. Wenn in die-„sem Umfange der Truppe ein Recht, von der Waffe Gebrauch zu „machen, zusteht, so ist anderseits jeder darüber hinausgehende Waffengebrauch rechtswidrig und strafbar [15])."

Wenn die Allgemeinverbindlichkeit für den Bundesbeschluß feststeht, so muß die gleiche Bedeutung den Bestimmungen zukommen, die durch den Bundesbeschluß abgeändert werden und desgleichen allen weiteren Abänderungen der Vorschriften über den Waffengebrauch, z. B. dem Befehl des Generalstabschefs über den Waffengebrauch im Grenzdienst vom 30. Juni 1917 [16]). Auch eine Konsigne, die dem Flieger gebietet, eine bestimmte Höhe über dem Erdboden einzuhalten, besteht zum Schutze der Dritten. Zweifelhaft ist aber, ob auch die Vorschriften betreffend die strengere Handhabung von Ruhe und Ordnung und zur Verhütung der Feuersgefahr in den Kantonnementen im Interesse der Kantonnementsgeber aufgestellt sind. Eine bloße Dienstinstruktion ist es hingegen, wenn der Kanonier verpflichtet wird, zuverlässig zu richten. Die Mißachtung dieser dienstlichen Vorschrift begründet noch keine Verantwortlichkeit gegenüber dem Dritten. Haftet der Bund aber primär für solche Schädigungen, so kann auch der schädigende Dienstpflichtige, welcher eine Verwaltungsverordnung übertreten hat, zur Deckung des Schadens mitverpflichtet werden; denn mit der freiwilligen Anerkennung oder mit der gerichtlichen Feststellung der Entschädigungsansprüche eines Dritten entsteht der Schaden für den Staat selbst, welcher den Dienstpflichtigen jetzt wegen jeder Pflichtverletzung — auch wenn sie nicht gegen ein rechtlich geschütztes Interesse eines Dritten gerichtet ist — ersatzpflichtig machen kann. Die Anerkennung einer Kausalhaftung durch den Staat erweitert also die persönliche Schadenersatzpflicht des Dienstpflichtigen ganz erheblich. Es liegt jedoch

---

[15]) Vgl. B. G. E. 47, II. 507 ff.
[16]) Vgl. B. G. E. 47, II. 177.

im eigenen Interesse des Staates, diese Schlechterstellung seiner Organe nicht auszubeuten.

bb) Das Verschulden (subjektive Voraussetzung).

Ueber das Verschulden schweigt das Beamtenverantwortlichkeitsgesetz ganz. Diese Lücke muß aus den zivilrechtlichen Bestimmungen ergänzt werden.

Während der Private regelmäßig im Besitze voller Entschlußfreiheit ist, muß der Dienstpflichtige in den meisten Fällen nach dem Entschluß eines andern, auf Befehl, handeln. Die Verrichtungen, welche er in der dienstlichen Stellung vorzunehmen hat, haben doppelten Charakter: sie können selbständige Handlungen sein, welche aus dem eigenen, freien Entschluß des Handelnden hervorgehen, oder sie sind unselbständige, d. h. der Dienstpflichtige wird unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, dem Befehl eines Vorgesetzten Folge zu leisten und die befohlenen Handlungen auszuführen [17]). Beide Arten von Diensthandlungen führt der Dienstpflichtige kraft seiner Dienstpflicht aus. Bei den selbständigen Diensthandlungen hängt es nur vom Ermessen des Handelnden ab, wie die Handlung vorzunehmen ist, damit sie zu einer den Anforderungen des Dienstrechtssatzes entsprechenden, pflichtgemäßen wird. Bei den auf Befehl vorgenommenen, unselbständigen Diensthandlungen scheint dies nicht der Fall zu sein, indem hier der Untergebene verpflichtet wird, eine auf dem Entschluß seines Vorgesetzten beruhende, bestimmte Handlung auszuführen; ob die befehlsgemäß unternommene Handlung den dienstlichen Vorschriften entspricht, ist dem Untergebenen in den meisten Fällen zu prüfen untersagt.

Die Unterscheidung in selbständige und unselbständige Handlungen ist aber für die Frage der Verantwortlichkeit nur von scheinbarer Bedeutung. Verantwortlich kann jemand nur werden, wenn ihm auch ein Verschulden zugerechnet werden kann. Eine schuldhafte setzt aber offenbar eine selbständige Handlung des Verantwortlichen voraus. Das gilt auch für die Militärdienstpflichtigen. Es wurde schon angeführt, daß ein schuldhaftes Verhalten nur dann vorliegen könne, wenn es den Anforderungen eines Rechtssatzes nicht entspreche, d. h. das Verhalten des Dienstpflichtigen muß mit einer dienstlichen Pflicht überhaupt in Be-

[17]) Vgl. Freund: Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Recht des deutschen Reiches und der größern Gliedstaaten desselben (im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 1, S. 108 ff.).

ziehung gebracht werden können. Kann eine solche Beziehung nicht hergestellt werden, so ist das Verschulden rechtlich bedeutungslos und begründet darum auch keine rechtlichen Folgen, insbesondere keine Schadenersatzpflicht. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die selbständigen und unselbständigen Handlungen des Dienstpflichtigen zu betrachten. Die Verpflichtung zur Vornahme von Diensthandlungen entspringt auch hier aus der Dienstpflicht selbst. Einmal ist es die Verpflichtung, eine Handlung unter gewissen Voraussetzungen nach eigenem Entschluß vorzunehmen, das andere Mal ist es die Verpflichtung, den durch Befehl übermittelten Entschluß des Vorgesetzten zu verwirklichen, aber auch hier nur, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Beide Verpflichtungen richten deshalb an den Dienstpflichtigen gewisse Anforderungen, denen er entsprechen muß. Weil der Dienstpflichtige diese Voraussetzungen aber selbsttätig mit seinem Erkenntnisvermögen wahrnehmen und über ihre Bedeutsamkeit entscheiden muß, so kann bei der Gehorsamspflicht ebensowenig von einem unselbständigen Handeln gesprochen werden, wie bei der Verpflichtung zu einem selbständigen Handeln. Der Unterschied zwischen der Verpflichtung nach eigenem Ermessen zu handeln und der Gehorsamspflicht ist auch kein rechtlicher, sondern stellt auf den Inhalt ab: Hier wird bestimmt, daß der Dienstpflichtige unter bestimmten Voraussetzungen nach seinem eigenen Entschluß handeln solle, dort verpflichtet ihn die Dienstpflicht, unter bestimmten Voraussetzungen nach dem fremden Willen eines Vorgesetzten zu handeln. Beides sind Rechtspflichten, und der ihnen Unterworfene kann in beiden Fällen nur für ein unentschuldbares Nichterkennen der rechtlichen Voraussetzungen verantwortlich gemacht werden. Die Beurteilung des Verschuldens ändert sich aber nicht mit dem Inhalt der Rechtspflichten.

Das zeigen zwei Beispiele, welche zugleich mit den beiden hauptsächlichsten dienstlichen Pflichten bekannt machen [18]). Einerseits sagt Ziff. 97 D. R.: „Fehlen Befehle und ist Handeln geboten, so hat der Führer den Umständen gemäß nach eigenem Ermessen zu verfahren." Der Dienstpflichtige wird also verpflichtet, nach eigenem Ermessen zu handeln, wenn keine Befehle vorliegen und wenn es die Umstände gebieten. Das Gebot ist: nach eigenem Ermessen zu handeln; die Voraussetzungen dafür sind: das Fehlen von Befehlen und die Notwendigkeit eines Handelns. Anderseits verpflichtet Ziff. 10 D. R. den Dienstpflich-

[18]) Vgl. auch B. G. E. 47, II. 181.

tigen zum unbedingten Gehorsam. Auch einem Befehl gegenüber verhält sich aber der Dienstpflichtige nicht passiv. Er ist nur verpflichtet, eine auf fremdem Entschluß beruhende Handlung auszuführen, wenn die Voraussetzungen für den Gehorsam vorliegen. Hier ist also die gebotene Tätigkeit: nach fremdem Willen tätig zu werden und die Voraussetzungen dafür: die Vorgesetzten-Eigenschaft des Befehlsgebers und (nach dem Entwurf zum neuen M. St. G.) die strafrechtliche Erlaubtheit der befohlenen Handlung [19]). Beide Verpflichtungen bestimmen den Dienstpflichtigen zu einem Handeln unter gewissen Voraussetzungen. Ein Verschulden seinerseits kann darum nur vorliegen, wenn er die Voraussetzungen in unentschuldbarer Weise nicht kennt oder mißachtet. Ein Offizier, welcher, im Bewußtsein der Strafbarkeit der Fälschung, Schießprotokolle auf Befehl abändert, ist darum schuldig, wie der Offizier, welcher beim Fehlen von Befehlen nicht gemäß Ziffer 92 D. R. nach eigenem Entschluß handelt. Beide haben den vom Recht aufgestellten Voraussetzungen für ihre Handlung nicht entsprochen und werden dadurch verantwortlich.

Das B. V. G. schweigt über die Zurechnung zum Verschulden der auf Befehl vorgenommenen Handlungen. Da die militärische Befehlsgewalt öffentlichrechtlichen Verhältnissen entspringt, so enthält auch das Zivilrecht keine subsidiär anwendbaren Bestimmungen. Einzig das geltende Militärstrafgesetz schließt die Strafbarkeit von an sich unerlaubten Handlungen aus, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Obern begangen worden sind. Der Obere ist dann strafrechtlich für die auf Befehl vorgenommene Handlung allein verantwortlich (Art. 30 M. St. G.). Damit wird für den Befehlsempfänger die Geltung des M. St. G. ausgeschlossen, trotzdem er in seiner dienstlichen Stellung dem Gesetz unterworfen bleibt. Wendet man die strafrechtlichen Bestimmungen an, so könnte der Befehlsvollstrecker überhaupt nicht verantwortlich gemacht werden, trotzdem dies den zivilrechtlichen Grundsätzen oft widersprechen würde. Man denke nur an das bekannte Beispiel, wo ein Sanitätskorporal dem angehenden Mediziner befiehlt, einem Kranken Gift zu geben. Wenn hier der unge-

[19]) Art. 17 des Entwurfes sagt: „Wird eine strafbare Handlung auf dienstlichen Befehl begangen, so ist der Vorgesetzte oder Höhere, der den Befehl erteilt hat, als Täter strafbar. Der Untergebene ist nur strafbar, wenn er sich darüber klar war, daß er durch die Befolgung des Befehls an einem Vergehen mitwirkte. Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern." Das geltende M. St. G. schließt dieses materielle Prüfungsrecht bezüglich der strafrechtlichen Erlaubtheit eines Befehls aus (Art. 30 M. St. G.).

bildete Sanitätskorporal den Befehl aus Unwissenheit erteilt hat, so liegt das Verschulden ausschließlich auf seiten des Mediziners. Trotzdem kann er nach geltendem Recht nicht verantwortlich gemacht werden. Eine Aenderung wird erst mit dem Inkrafttreten des neuen M. St. G. eintreten. Die Frage ist für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit noch nicht aufgeworfen worden. Alle Fälle, die bisher zur gerichtlichen Beurteilung gelangten, beziehen sich auf Befehle nicht strafrechtswidrigen Inhalts. Es ist jedoch anzunehmen, daß der Zivilrichter den zu formalen Standpunkt des M. St. G. B. nicht teilen wird und auch den Untergebenen verantwortlich machen würde, wenn er eine unerlaubte Handlung zwar auf Befehl, aber im Bewußtsein ihrer Strafbarkeit begangen hat.

Auf zwei Fälle ist an dieser Stelle besonders hinzuweisen. Im Falle des Hoferbades gab der Regimentskommandant seinem Major Befehl, den Besuch des im Kantonnementsrayon gelegenen Gasthofes den Soldaten zu verbieten. Der Befehl wurde aus ganz persönlichen Gründen erteilt und stellte sich nachträglich als Ermessensmißbrauch des Kommandanten dar, welcher den zu seiner Einheit gehörenden und vom Wiederholungskurs befreiten Besitzer „strafen" wollte. Der durch das Vorgehen geschädigte Wirt erhob Zivilklage gegen den Regimentskommandanten als Befehlsgeber und gegen den Bataillonskommandanten als Befehlsvollstrecker. Das Kantonsgericht St. Gallen wies die Klage gegen den Befehlsempfänger mit folgender Begründung ab:

„Ist nach dem Gesagten die grundsätzliche Schadenersatz-
„pflicht des Beklagten S. als ersten Urhebers des Wirtshausver-
„botes ohne weiteres gegeben, so bleibt zu entscheiden, ob eine
„solche Pflicht auch für den Beklagten B. besteht, der nur das
„ausführende Organ des Regimentskommandanten war. Die Be-
„antwortung dieser Frage hängt davon ab, inwieweit ein Prü-
„fungsrecht und eine Prüfungspflicht des Untergebenen gegenüber
„Befehlen seines Vorgesetzten anerkannt werden kann. Die Pflicht
„zum Gehorsam gegenüber militärischen Vorgesetzten ist begründet
„in Art. 62 M. St. G. Eine nähere Definition des Gehorsamsbe-
„griffes befindet sich dort allerdings nicht, dagegen stellt Art. 10
„D. R. den Grundsatz vom unbedingten Gehorsam auf, den der
„Untergebene seinem Vorgesetzten schuldet. Diese Norm muß in-
„dessen eine Einschränkung erleiden im Falle des Vorliegens
„einer Pflichtenkollision. Nach dem Grundsatze, wie ein solcher
„Widerstreit im Zivilrecht gelöst wird, ließe sich von der Pflicht

„zum unbedingten Gehorsam eine Ausnahme dann begründen,
„wenn die Befolgung der Weisung das schwerwiegendere Unrecht
„bedeuten würde als die Gehorsamsverweigerung. Dieser Tatbe-
„stand wird im allgemeinen nicht gegeben sein, wenn nur ein
„Zivildelikt oder ein leichteres Vergehen dem Ungehorsamsdelikt
„gegenübersteht. Die zivilrechtliche Verantwortung des Unter-
„gebenen setzt daher zunächst voraus, daß ein Tatbestand wie der
„gekennzeichnete objektiv vorhanden sei, ferner aber auch, daß
„der Untergebene nach den Umständen klar einsehen mußte, bei
„welchem Verhalten er das größere Unrecht begehe. Eine der-
„artige Ausnahme von der Regel der unbedingten Gehorsamspflicht
„liegt nun aber in casu nicht vor. Wenn auch anzunehmen ist,
„daß der Beklage B. das Unerlaubte, das im Befehl des Regiments-
„kommandanten lag, erkannt hat, so hat er doch mit Recht den
„Verstoß gegen die Zivilrechtsordnung als nicht so schwerwiegend
„eingeschätzt, daß derselbe eine Gehorsamsverweigerung gegen-
„über dem Vorgesetzten gerechtfertigt hätte [20])."

Das Urteil ist bezeichnend dafür, daß sich die Zivilgerichte nicht an die strafrechtlichen Bestimmungen halten werden: sonst könnte es gar nicht von einer Pflichtenkollision sprechen.

Auch das Bundesgericht kam zur Beurteilung eines ähnlichen Falles. Der Offizier, welcher Befehl hatte, den nachts mit Automobilen bewerkstelligten Schmuggel auf der Straße Benken—Marthalen zu unterbinden [21]), führte diesen Befehl pflichtgemäß aus, indem er seinen Feldweibel anwies, wie er die mit der Aufgabe betrauten Posten einzurichten habe. Die Untergebenen befolgten im Wesentlichen seine Anordnung. Das hatte zur Folge, daß die Insassen eines daherkommenden Automobils unschuldigerweise getötet wurden. Das kantonale Obergericht und das Bundesgericht wiesen die Klage der Hinterlassenen ab, weil die Beklagten, der Offizier und seine Untergebenen, die erhaltenen Befehle pflichtgemäß ausgeführt hatten. „Der Beklagte Nr. 1 hatte den „Befehl, Schmugglerautos abzufangen. Diesen Befehl hatte er „auszuführen. Er ist bei der Ausführung des Befehls über die „ihm darin oder in sonstigen militärischen Vorschriften gesetzten „Schranken nicht hinausgegangen und hat daher nicht wider-„rechtlich gehandelt. Denn es liegt schon im Wesen des militä-„rischen Befehls — und diese Bemerkung trifft auch auf die Be-„klagten Nr. 1—3 zu —, der unbedingten Gehorsam verlangt, daß

[20]) Aus dem Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 18. Juni 1914, S. 17 ff.
[21]) Siehe oben S. 12 und S. 49.

„er den Untergebenen, der ihn so ausführt, wie er gegeben war, „der Verantwortlichkeit dafür enthebt und die Ausführung nicht „zu einer widerrechtlichen macht[22])." „Soweit der Soldat ledig- „lich einen direkten Befehl ausführt, ist der Ausschluß der Wider- „rechtlichkeit selbstverständlich, da ja jeder Dienstpflichtige unter „Strafandrohung seinen Vorgesetzten zum Gehorsam verpflichtet „ist (vgl. M. St. G. Art. 61 und über den Ausschluß der strafrecht- „lichen Widerrechtlichkeit M. St. G. Art. 30[23])."

Das Beispiel zeigt auch, daß der Vorgesetzte nur für die Handlungen einzustehen hat, welche der Untergebene seinen Befehlen gemäß ausführt. Weicht er von den erhaltenen Anordnungen ab, so wird er persönlich dafür verantwortlich. Der Vorgesetzte hatte seinen Unteroffizieren befohlen, drei Posten in Abständen von 50 m voneinander aufzustellen, um es einem fahrenden Automobil zu ermöglichen anzuhalten[24]). Statt dessen organisierte der Unteroffizier die drei Posten in Abständen von zirka 30 m. Das Gericht nahm an, diese befehlswidrige Verkürzung der Abstände habe den herbeigeführten Schaden nicht mitverursacht und wies darum die Klage gegen die verantwortlichen Unteroffiziere ab. Hätte aber der Unteroffizier die Abstände so stark verkürzt, daß es einem Automobil in voller Fahrt nicht mehr möglich gewesen wäre, anzuhalten, so würde nicht der Vorgesetzte ersatzpflichtig, sondern der befehlswidrig handelnde Untergebene. Der gesetzmäßige Befehl muß dem Untergebenen wie ein Rechtssatz erscheinen. Handelt er gegen den im Befehl enthaltenen Willen, so wird er verantwortlich; entspricht sein Verhalten den an ihn gestellten Anforderungen, so ist er durch den Befehl des Vorgesetzten gedeckt.

Für die Prüfungspflicht des Untergebenen gegenüber Befehlen seines Vorgesetzten ist auch ein Fall aufschlußreich, der sich im Bewachungsdienst ereignete[25]). Ein Unteroffizier und ein Soldat kehrten von einer dienstlichen Patrouille zurück und trafen mit einem Landjäger zusammen, der einen Arrestanten führte. Unterwegs ergriff der Arrestant plötzlich die Flucht. Da der 60-jährige Polizist nicht mehr die Kraft hatte, die Verfolgung selbst aufzunehmen, ersuchte er die beiden Soldaten, ihm dabei behilf-

---

[22]) Aus dem Urteil der II. Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juli 1920, S. 24 ff.

[23]) Vgl. B. G E. 47, II. 180 ff.

[24]) Vgl. B. G. E. 47, II. 178 u. 181 ff.

[25]) Aus einem nicht veröffentlichten Urteil des Bundesgerichtes vom 30. Dezember 1921 (i. S. Zumsteg/Bund).

lich zu sein. Die zwei Soldaten setzten dem Ausreißer auch sofort nach, riefen ihm wiederholt „Halt!“ zu und schossen schließlich gleichzeitig auf ihn. Ein Schuß führte den sofortigen Tod des Verfolgten herbei [26]). Die Klage, welche die Hinterlassenen des Getöteten gegen den Bund erhoben, wies das Bundesgericht ab mit der Begründung, daß die zwei Verfolger gar nicht in ihrer Eigenschaft als Militärpersonen handelten. „Die bloße Tatsache, daß „eine Handlung während des Beamten- oder Dienstverhältnisses „vorgenommen worden ist, oder daß der Täter hiebei ihm zur „Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen zur Verfügung ge„stellte, sachliche Hilfsmittel (hier die Schießwaffe) verwendet „hat, vermöchte auf keinen Fall zu genügen. So wenig deshalb „die Eidgenossenschaft z. B. dafür verantwortlich gemacht wer„den könnte, daß eine Militärperson während der Dienstzeit wil„dert und dabei einen Wildhüter mit dem Ordonnanzgewehr er„schießt, so wenig könnte eine solche Ersatzpflicht unter jener „Annahme hier anerkannt werden [27]).“

Die Begründung des Urteils ist klar. Frägt man sich aber, worin die mangelnde Sorgfalt der beiden Dienstpflichtigen in diesem Falle bestanden hatte, so kommt man auf die Prüfungspflicht. Nicht jede an den Dienstpflichtigen gestellte Aufforderung ist ein dienstlicher Befehl, sondern nur diejenige, welche von einer ihm vorgesetzten Militärperson ausgeht. Der Dienstpflichtige hat aber die Pflicht, zu prüfen, ob derjenige, von dem die Aufforderung ausgeht, wirklich die Eigenschaften einer Militärperson hat. Zu diesem Zweck lehrt man ihn, die Gradabzeichen seiner Vorgesetzten unterscheiden. Im vorliegenden Falle haben die beiden Dienstpflichtigen die ihnen zugemutete Aufforderung nicht daraufhin geprüft, von wem sie ausging und darum wurden sie schuldig, als sie die Verfolgung des Flüchtigen dennoch als dienstliche Tätigkeit auffaßten und dienstliche Hilfsmittel und Vorschriften anwendeten. Die Aufforderung des Polizisten konnte sich niemals auf eine dienstliche Tätigkeit beziehen.

Wie bei Art. 29 M. O. dargetan wurde, können auch aus der Haftung nach Art. 41 ff. O. R. unverhältnismäßig schwere Folgen für den diensttuenden Bürger entstehen. Aus demselben Grunde

---

[26]) Dieser Fall ist auch darum von Interesse, weil ein Militärgericht die beiden Soldaten schuldig erklärte der Teilnahme an einem „Raufhandel“, in dem eine Tötung verübt wurde!! Erst das Urteil des Kassationsgerichtes berichtigte diese eigenartige Begründung und erklärte die beiden Verfolger des Totschlagsversuchs i. S. v. Art. 101, Abs. 2 M. St. G. schuldig.

[27]) Aus dem Urteil vom 30. Dezember 1921, S. 5.

wie dort, kann aber auch hier die Haftung nicht auf schweres Verschulden beschränkt werden [28]). Während aber der Dienstpflichtige im Regreßverfahren ziemlich sicher ist, daß ihn der an Stelle des Geschädigten Regreß nehmende Bund nicht über seine Kräfte und über sein Verschulden zur Schadenstragung heranziehen wird, da er selbst ein Interesse daran hat, daß der Dienstpflichtige in seiner Stellung unabhängig bleibe und nicht lahmgelegt werde, so ist der Dienstpflichtige bei der Haftung nach Art. 41 ff. O. R. der Zivilklage des Geschädigten schutzlos preisgegeben. Der Richter muß zwar auch hier Rücksicht nehmen auf Art und Größe des Verschuldens. Allein er kann dem Dienstpflichtigen nicht den Schutz angedeihen lassen, welchen ihm die Rückgriffsklage bietet. Während dort die Verteilung der Schadenstragung zugunsten des Geschädigten schließlich die Staatskasse belastet, bedeutet hier eine Begünstigung des Dienstpflichtigen bei der Schadensverteilung stets eine Benachteiligung des geschädigten Dritten, da ein Schaden nur zwischen dem Dienstpflichtigen und dem geschädigten Dritten ausgeglichen werden kann. Der Richter wird sich darum zweimal überlegen, bevor er einer Herabsetzung der Schadensersatzpflicht des Dienstpflichtigen zustimmt.

Wenn in einer Stellung besondere Kenntnisse und Fähigkeiten notwendig sind, so genügt der durchschnittliche Maßstab des Verschuldens nicht mehr. Imperitia quoque culpae adnumeratur. Das gilt auch für die verschiedenen militärischen Grade. Je höher der Grad, den eine Militärperson bekleidet, um so mehr Kenntnisse dürfen bei ihr vorausgesetzt werden. Dienstpflichtige verschiedenen Grades, welche dieselbe Handlung begehen, müssen darum auch im Verschulden verschieden beurteilt werden [29]), und der Schadenersatz und die Schuld haben einander zu entsprechen. Diese verschiedene Beurteilung des Verschuldens je nach der in einer dienstlichen Stellung erforderlichen Sorgfalt ist Sache des Richters, der nach diesen Gesichtspunkten den Rückgriff der Beteiligten i. S. von Art. 50, Abs. 2 O. R. regelt, weil die Dienstpflichtigen für einen gemeinsam verschuldeten Schaden solidarisch haften.

---

[28]) Siehe oben S. 64 f.

[29]) M. E. Mayer führt ein Beispiel an, welches dies für die disziplinarische Verantwortlichkeit zum Ausdruck bringt. („Der rechtswidrige Befehl" i. d. Festgabe für P. Laband, S. 154.)

II. Die Haftung des Staates.

Der Dienstpflichtige haftet nur, wenn er seine dienstlichen Pflichten verletzt hat. Solange er pflichtgemäß handelt und seinen persönlichen Willen dem staatlichen Willen unterordnet, kann ihn persönlich auch keine Verantwortlichkeit treffen, da rechtlich betrachtet seine Handlungen nicht ihm, sondern dem Staat zugerechnet werden. „Wird bei der Ausübung der Staatsgewalt durch die damit betrauten Behörden und Beamten die unter dem Schutz des Privatrechtes stehende Interessensphäre der Privaten verletzt, so kommt dem öffentlichen Recht, das die betr. Handlungen beherrscht, im Schadenersatzprozeß nur die Rolle zu, einen Rechtstitel für die Vornahme dieser Handlungen zu bilden [30])." Die Haftung des Dienstpflichtigen in seiner Dienstführung geht darum nicht über eine Haftung für Verschulden nach Art. 41 ff. O. R. hinaus.

Anderseits kann die Haftung des Staates nur mit Gründen objektiver Haftung erklärt werden. Für die pflichtmäßigen Handlungen des Dienstpflichtigen ergibt sich dies aus ihrer rechtlichen Beschaffenheit, die ein Verschulden ohnehin ausschließt. Aber auch für die pflichtwidrigen Diensthandlungen ist nur eine Kausalhaftung des Staates möglich, weil er selbst deliktsunfähig ist und nur für das Verschulden seiner Dienstpflichtigen einsteht.

Wenn hier die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht betrachtet werden soll, so beschränke ich mich auf die Schädigungen, welche im Militärdienst zugefügt wurden. Hier soll untersucht werden, ob es nach dem jetzt geltenden Recht möglich ist, eine Entschädigungspflicht des Staates auch für diejenigen Fälle aufzustellen, welche nicht unter Art. 27 ff. M. O. fallen. Im folgenden Abschnitt wird die Frage dann de lege ferenda behandelt werden.

Die verhältnismäßig vielen Entschädigungsfälle, welche sich in den Kriegs- und Nachkriegsjahren ereigneten, beschäftigten das Bundesgericht mehrfach mit der Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Die Geschädigten suchten ihre Ansprüche immer wieder mit den gleichen Gründen zu stützen: Einerseits suchten sie positive Gesetzesbestimmungen durch eine mehr oder weniger freie Auslegung analog auf ihre Ansprüche anzuwenden. Anderseits berufen sie sich auf allgemeine Grundsätze, über deren Bedeutung sie aber meistens selbst im Unklaren waren. Auf einen

---

30) Vgl. Becker: Komm., S. 260 und B. G. E. 47, II. 180.

solchen allgemeinen Grundsatz führen sich die sogenannte Opfertheorie und die Auffassung zurück, welche eine Entschädigungspflicht des Staates aus der Rechtsgleichheit ableiten will.

1. Die gesetzlichen Bestimmungen.

Abgesehen von Art. 27 ff. M. O. und Art. 280 V. R. wird die öffentlichrechtliche Entschädigung oft mit Expropriations- und Requisitionsrecht begründet, indem man eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staates aus den Grundsätzen der Enteignung herauszulesen versucht [31]).

Das schweizerische Recht enthält mehrere Bestimmungen dieser Art. Art. 1 des Bundesgesetzes betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 verpflichtet jedermann, sein Eigentum oder andere auf das Eigentum bezügliche Rechte gegen volle Entschädigung dauernd oder bloß zeitweise abzutreten. Das Bundesgesetz ist anwendbar erklärt worden auf den Erwerb und die Erweiterung von eidgenössischen Waffenplätzen durch einen Bundesbeschluß vom 28. Januar 1882 [32]) und auf Neuanlagen und Erweiterungen von Schießplätzen, welche den gesetzlich vorgeschriebenen Schießübungen dienen, durch einen Bundesbeschluß vom 22. April 1898 [33]). Aehnlich spricht sich Art. 32 M. O. aus. Die Bestimmungen über die Requisitionen finden sich in der Militärorganisation und im Verwaltungsreglement. Art. 30 M. O. verpflichtet Gemeinden und Einwohner, den Truppen Unterhalt und Verpflegung zu gewähren, Parkplätze zur Verfügung zu stellen und Militärfuhren zu leisten. „Sie erhalten dafür vom Bunde eine angemessene Entschädigung.“ Stellt Art. 30 diese Verpflichtung von Gemeinden und Einzelnen für Friedens- und Kriegszeiten auf, so bezieht sich Art. 203 M. O. nur auf den Fall drohender Kriegsgefahr und den Krieg selbst. Auch hier hat der Bund für die Ueberlassung von beweglichem und unbeweglichem Eigentum volle Entschädigung zu leisten. Aus den dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen des V. R. geht gleichfalls hervor, daß der Staat die requirierten Gegenstände und Leistungen zu vergüten habe [34]).

---

[31]) Siehe unten S. 98 ff.

[32]) Vgl. A. S. n. F. Bd. 6, S. 134 ff.

[33]) Vgl. A. S. n. F. Bd. 16, S. 907 ff.

[34]) Vgl. Art. 190/199 V. R. betr. die Requisitionen für die Verpflegung der Truppen; Art. 245/254 betr. die Requisitionen von Transportmitteln.

Die Entschädigung für die Enteignung von Privatrechten bezieht sich hauptsächlich auf die Eigentumsübertragung. Das Eigentum an einer unbeweglichen Sache wird dauernd oder für eine bestimmte Zeit an den Staat oder einen andern Berechtigten abgetreten. Werden Rechte auf diesem Wege dem Privaten entzogen, so wird der Staat stets voll entschädigungspflichtig. „Nicht „jeder Eingriff des Staates in bestehende Privatrechte gibt dem „Inhaber desselben einen Anspruch auf Entschädigung, sondern „es sind die Privaten verpflichtet, gewisse Schädigungen, die ihnen „im Interesse des öffentlichen Wohles von der Staatsgewalt zuge„fügt werden, aus öffentlichen Gründen an sich selbst zu tragen. „Dieser Fall ist allerdings dann nicht vorhanden, wenn der Staat, „namentlich auf dem Expropriationswege, Rechte entzieht, welche „zur Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses oder Interesses „erforderlich sind [35])."

Die Durchführung des öffentlichen Interesses verlangt aber nicht immer die gänzliche Entziehung eines Eigentumsrechtes. Genügt eine teilweise Beschränkung des Eigentums, so wird es auf dem Wege der Expropriation mit einer Dienstbarkeit des gewünschten Inhaltes belastet. Auch dafür schuldet der Staat dem Grundeigentümer volle Entschädigung.

Häufig kommen die sog. „Schieß- und Ueberschießungsservituten" vor, welche der Bund auf den im Schießbereich liegenden Grundstücken errichtet. Die außergewöhnliche Beanspruchung der Grundstücke durch das Ueberschießen wird als Anmaßung einer Servitut aufgefaßt. Da dem Eigentümer aber gegenüber dem rechtmäßigen Eingriff der Staatsgewalt keine actio negatoria zusteht, bekommt er nur einen Anspruch darauf, daß der Staat für die Inanspruchnahme des ihm zustehenden Rechts volle Entschädigung leistet.

Das Bundesgericht befaßte sich öfters mit solchen Schießservituten und gewährt dem belasteten Grundeigentümer regelmäßig volle Entschädigung. „L'obligation du dit défendeur à in„demniser la partie adverse n'en persiste pas moins, en applica„tion d'un principe général de droit, reconnu déjà par le Tribunal „fédéral dans une série de précédents, et dont les dispositions de „la loi sur l'expropriation en contiennent qu'une application „spéciale, à savoir que l'état n'est pas autorisé à impiéter sans „indemnité dans la sphère des droits privés des particuliers [36])."

---

[35]) Vgl. B. G. E. Bd. 4, S. 464.
[36]) Vgl. B. G. E. Bd. 17, S. 553.

Das Urteil weist ausdrücklich auf die Bestimmungen des Expropriationsgesetzes. Noch deutlicher zeigt sich die Auffassung des Bundesgerichtes in einem späteren Fall. Die Eidgenossenschaft hatte für drei Jahre eine Dienstbarkeit des Inhalts erworben, das Grundstück des Klägers an bestimmten Tagen und zu bestimmten Stunden ungestört zu überschießen. Als die Berechtigung nach Ablauf der vereinbarten drei Jahre erloschen war und nicht erneuert wurde, trotzdem weitergeschossen wurde, verlangte der Grundeigentümer eine entsprechende Entschädigung von der Eidgenossenschaft. Das Bundesgericht nahm eine Entschädigungspflicht des Bundes an und begründete sie folgendermaßen: „Der Zuspruch der Klage schließt die Ausübung des militärischen „Hoheitsrechtes nicht aus, sondern es würde durch deren Gut„heißung nur bewirkt, daß die Kriegsverwaltung, sofern sie für „ihre Zwecke fremdes Eigentum dauernd beanspruchen will, wie „jeder andere Verwaltungszweig, das entsprechende Privatrecht „zu erwerben hat. In diesem Sinne ist denn auch die Militärver„waltung selbst in andern Fällen zu Werke gegangen, wie gerade „auch das von derselben in frühern Jahren gegenüber dem Kläger „beobachtete Verfahren zeigt [37])." Aehnlich äußert sich ein Entscheid vom 8. Mai 1909 [38]).

Im Falle der „Papiermühle" ließ das Bundesgericht eine analoge Anwendung von Expropriationsgrundsätzen zu, die sehr weit geht, indem man hier kaum mehr von der expropriationsweisen Errichtung einer Servitut sprechen kann. Die Wirtschaft „zur Papiermühle" stand in der Nähe einer Pulverfabrik, die schon vor Einführung des Pulverregals als Pulvermühle bestanden hatte. Durch eine Explosion wurde das Wirtschaftsgebäude beschädigt und die Gefährlichkeit des anstoßenden Betriebes offenkundig. Die Eigentümerin der Wirtschaft verlangte nun vom Bund Ersatz für den durch die Explosion zugefügten Schaden und gleichzeitig auch für den Schaden, welcher ihr aus der Entwertung der Liegenschaft und des Wirtschaftsbetriebes erwachsen war; denn das brisantere Pulver und die Vergrößerung der Fabrikationsräumlichkeiten stellten eine dauernde Beeinträchtigung der Gastwirtschaft dar. Das Bundesgericht entsprach der Klage. Es vertrat die Ansicht, die Staatsverwaltung könne in dieser

[37]) Vgl. B. G. E. Bd. 18, S. 424; vgl. auch den Hinweis auf diesen Entscheid i. Bd. 29, II. 450. — Auch das Reichsgericht anerkennt eine Entschädigungspflicht des Staates bei der Ueberschießung von Grundstücken, es begründet sie aber mit der verbotenen Eigenmacht nach § 858, 1 und § 862 B. G. B.

[38]) Vgl. B. G. E. 29, II. 428 ff., vgl. bes. S. 445 ff.

Weise in private Rechte nur eingreifen, „wenn sie für die daraus „dem Berechtigten erwachsenden Nachteile Ersatz leistet. Es „treffen hier ähnliche Gesichtspunkte zu wie bei der Expropria- „tion, bei der ebenfalls der im öffentlichen Interesse erfolgte Ent- „zug des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte nur gegen „volle Entschädigung vor sich gehen kann". Es sei eine „Aus- „gleichung der Interessen auf dem Wege der Schadenersatz- „leistung" geboten, „sobald einerseits feststeht, daß die Beklagte „in außergewöhnlicher Weise auf die Liegenschaft der Klägerin „hinüberwirkt und anderseits dargetan wird, daß für diese hier- „aus wirklich ein Schaden entstanden ist [39])."

Während sich die Expropriationen auf unbewegliches Eigentum beziehen, erstrecken sich die Requisitionen auch auf bewegliches Eigentum und auf Dienstleistungen. In der Regel [40]) wird auch hier volle Entschädigung gewährt. Das Verwaltungsreglement gewährt Entschädigungen für die Requisition von Lebensmitteln und Futtervorräten (Art. 190 ff.), für die Requisition von Fuhrwerken, Geschirren, Bespannungen, Schiffen usf. und endlich auch für requirierte Fuhrleistungen und Requisitionsarbeiten zur Instandstellung und Herstellung von Straßen und Brücken (Art. 245 ff.). In gleicher Weise verspricht Art. 203 M. O. volle Entschädigung für die Ueberlassung von beweglichem und unbeweglichem Eigentum im Kriegsfalle und im Falle drohender Kriegsgefahr.

Expropriation und Requisition zeigen eine gewisse Aehnlichkeit mit den zweiseitigen Rechtsgeschäften des Zivilrechts. Sie unterscheiden sich von ihnen darin, daß ein Rechtsgeschäft hier allein durch die einseitige Willenserklärung der zuständigen Behörde begründet wird. Damit wird auf den Verpflichteten ein Zwang ausgeübt, der dem Institut seine besondere öffentlichrechtliche Natur verleiht. Dennoch bleibt das öffentlichrechtliche Institut dem entsprechenden privatrechtlichen ähnlich. Früher wurden sie deshalb oft den ihnen entsprechenden zivilrechtlichen Instituten gleichgesetzt und zivilrechtlich konstruiert, z. B. die Expropriation als Zwangskauf [41]). Der Staat darf aber die Pflicht zur Leistung eines Aequivalents in Form einer Entschädigung deshalb nicht ablehnen, weil der Eigentumsübergang oder die Verpflichtung zu einer Leistung hier nicht mehr von der gegen-

[39]) Vgl. B. G. E. 24, II. 270 ff.

[40]) Vgl. die Ausnahmen in Art. 31 M. O.

[41]) Vgl. Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (im Archiv für öffentliches Recht IX, S. 325 ff.).

seitigen Willensübereinstimmung, sondern nur noch von der einseitigen Verfügung der zuständigen Behörde abhängt. Daß sich die Expropriation nur mit dem öffentlichen Wohl rechtfertigen läßt [42]), kann den Staat nicht auch von der Entrichtung einer Entschädigung befreien. Mit dem Zwangscharakter dieser Rechtsgeschäfte wird ja vor allem bezweckt, die Verwirklichung des öffentlichen Interesses dort zu sichern, wo der Erwerb eines Rechtes oder die Uebernahme einer Verpflichtung auf vertraglichem Weg nicht mehr möglich ist. Nur deshalb kann sich in solchen Fällen der Staat das Recht nehmen, den Einzelnen zur Abtretung zu zwingen. Die zwangsweise Abtretung einer Sache wird in der Praxis meistens stattfinden, wenn der Abschluß von privatrechtlichen Verträgen aussichtslos oder zu umständlich wäre. Der Staat will mit der expropriations- und requisitionsweisen Belastung des Privaten allein dem öffentlichen Interesse nachkommen. Deshalb kann mit einer Enteignung nicht unbedingt die Leistung eines Aequivalents ausgeschlossen werden. Eine Entschädigung wird nur verweigert oder herabgesetzt, wenn noch andere Gründe als die expropriations- oder requisitionsweise Abtretung dafür sprechen [43]).

Man gibt diesen Bestimmungen aber eine irrtümliche Bedeutung, wenn man glaubt, in ihnen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtssatzes zu erblicken, welcher für alle im öffentlichen Interesse vorgenommenen Eingriffe gilt. Eine Enteignung oder eine Requisition unterscheidet sich von der Schädigung i. e. S. stets dadurch, daß sie absichtlich vorgenommen wird [44]) und deshalb gewöhnlich irgend einen Vorteil des Staates begründen soll [45]). Aber auch wenn ein Nutzen des Staates nicht nachgewiesen werden kann, so stellen sich diese Eingriffe stets als eine bewußte und gewollte Inanspruchnahme des fremden Gutes dar, welche der Staat imstande ist, planmäßig durchzuführen. Sie können darum den Schädigungen nicht einfach gleichgesetzt werden, welche sich mehr oder weniger zufällig ereignen als Folge der Gefährdung, die mit jeder Interessenverfolgung verknüpft ist.

---

[42]) Vgl. B. G. E. 38, I. 370.

[43]) Siehe oben S. 88.

[44]) Vgl. O. Mayer: Die Entschädigungspflicht, S. 9 f.

[45]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 37, S. 317.

2. Die Begründung der Entschädigungspflicht mit der Billigkeit.

(Die Opfertheorie von O. Mayer.)

Wenn keine gesetzlichen Bestimmungen bestehen, welche den Staat zur Entschädigung verpflichten, so wäre es denkbar, daß ein Gewohnheitsrecht den durch die rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt Geschädigten eine Entschädigung zubilligte. Diese Auffassung vertrat für das deutsche Rechtsgebiet O. Mayer[46]). Anschütz[47]) hat aber nachgewiesen, daß sich keine Beweise erbringen lassen für eine gewohnheitsrechtliche Entschädigungspflicht.

In der zweiten Auflage seines Verwaltungsrechtes und in einem 1904 gehaltenen Vortrag stellt O. Mayer[48]) eine neue Begründung der staatlichen Entschädigungspflicht auf: es bestehe nämlich heute „ein aus Billigkeitsgrücksichten angenommener allgemeiner Rechtsgrundsatz", welcher den Staat zur Entschädigung verpflichte. „Eine ordentliche Rechtsquelle ist das nicht, tut aber in Wirklichkeit den Dienst einer solchen . . . . das aequum, das Billige, oder, wie man auch sagt, Gerechte, kann aber zu bestimmten Sätzen sich verdichten, die gelten wollen für ein gewisses Gebiet menschlicher Verhältnisse. Die eignen sich dann, unmittelbar zu einem Rechtssatz den Stoff zu liefern und liefern ihn auch. Wie? das ist natürlich zu untersuchen. Damit sind wir aus dem Gefühlsleben heraus und auf dem Boden der Rechtswissenschaft angelangt. Die Billigkeitsforderung wird Billigkeitsrecht. Um einen solchen „praktischen" Billigkeitssatz handelt es sich hier[49])."

Diese Erklärung der staatlichen Entschädigungspflicht ist von doppeltem Interesse. Einmal wird ein allgemeiner Grundsatz, der weder Gesetzes- noch Gewohnheitsrecht ist, sondern einem außerordentlichen Vorgang der Rechtserzeugung entspringt, als allgemein verbindliches Recht dem objektiven Recht gleichgestellt. Dann wird die Schadenersatzpflicht aus Billigkeits-

---

[46]) Vgl. O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 53 (I. Aufl.).

[47]) „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, drei öffentlichrechtliche Studien" im Verwaltungs-Archiv Bd. 5, S. 1 ff.

[48]) Vgl. Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 516 ff. (II. Aufl.) und „Die Entschädigungspflicht nach Billigkeitsrecht", Vortrag, gehalten am 19. März 1904 in der Gehe-Stiftung (in „Neue Zeit- und Streitfragen", herausgegeben von der Gehe-Stiftung zu Dresden, 1. Jahrg. 1904, S. 215 ff.).

[49]) Vgl. O. Mayer, Bd. II, S. 531, Anm. 20.

gründen zu einem allgemein geltenden Haftungsprinzip erhoben, trotzdem im Schadenersatzrecht bis jetzt eine Haftung aus Billigkeit nur in einigen eng umschriebenen Tatbeständen und auch dann nur als ausnahmsweise Durchbrechung eines allgemeinen Haftungsgrundsatzes auftritt (z. B. Art. 54 O. R.).

Vollwirksame Rechtsquellen sind heute nur die Gesetzgebung und die Gewohnheit [50]). Das von O. Mayer vertretene Billigkeitsrecht ist keines von beiden. Ein positiver Rechtssatz über die Anerkennung einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht besteht nicht, und die Ansicht, die Billigkeitshaftung des Staates beruhe auf Gewohnheitsrecht, gibt O. Mayer in der späteren Auflage seines Verwaltungsrechtes selbst auf, indem er zugibt, das Billigkeitsrecht entspringe nicht einer ordentlichen Rechtsquelle, tue aber in Wirklichkeit den Dienst einer solchen. Gibt es aber neben der Gesetzgebung und der Entstehung von Gewohnheitsrecht eine derartige außerordentliche Quelle der Rechtserzeugung, und können sich Billigkeitsforderungen zu bestimmten Sätzen verdichten, die schließlich den Stoff für einen Rechtssatz liefern?

O. Mayer [51]) sagt, „daß nicht alles, was logisch als gleichberechtigte Billigkeitsforderung erscheint, unmittelbar gedeckt wird durch die gesetzlichen Einzelbestimmungen samt den weitestgehenden Formulierungen allgemeiner Entschädigungspflichten in Gesetz und Gewohnheitsrecht. Es bleiben auf alle Fälle Lücken, größere und kleinere, namentlich da es ja streitig sein kann, wie weit das Gewohnheitsrecht geht." Trotzdem dürfe man sich aber der Tatsache nicht verschließen, „daß derartige Lücken in der Wirklichkeit des Rechts sich auszufüllen vermögen und daß ein Billigkeitsrecht dafür ganz besonders günstige Bedingungen hat". Damit wendet sich O. Mayer an den Richter, der die Lücken im gesetzten Recht nicht übergehen darf, sondern im Geiste der ganzen Rechtsordnung auszufüllen hat. Neben den unbedingt geltenden Rechtsquellen, der Gesetzgebung und dem Gewohnheitsrecht, gibt es eine Rechtsquelle mit bedingter Geltung, den Gerichtsgebrauch [52]). Wo er keine gesetzlichen Bestimmungen und auch kein Gewohnheitsrecht findet, ist der Richter auf die eigene Urteilskraft angewiesen und hat durch analoge Auslegung der vorhandenen Bestimmungen,

[50]) Vgl. Windscheid: Pandekten (1900), Bd. I, S. 59 ff. — E. Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, S. 435 f.

[51]) Die Entschädigungspflicht, S. 12.

[52]) Vgl. Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, S. 436 ff.

verbunden mit der freien Rechtsfindung die Lücken auszufüllen. Was ihm billig erscheint, wendet er im einzelnen Fall als Recht an.

Hier knüpft O. Mayer an und behauptet, daß, wenn man die Forderungen überzeugender Billigkeit in bestimmte, klar formulierte Sätze kleide, der Richter diese auf wissenschaftlichem Wege gefundenen Rechtssätze berücksichtigen werde, sobald er von ihrer Richtigkeit überzeugt ist. Damit kann die Wissenschaft nicht nur einen starken Einfluß auf die Rechtsanwendung ausüben, sie kann auch mittelbar zur Rechtsquelle werden, wenn ein von ihr ausgearbeitetes System von Rechtssätzen die volle Billigung des Richters findet. Ihre Verbindlichkeit für den Richter hängt dann allerdings von der Richtigkeit ab. Darum ist sie nur eine bedingte Rechtsquelle, weil sie durch jede sachlich begründete Widerlegung aufgehoben oder durch andere, bessere Rechtssätze ersetzt werden kann. E. Huber[53]) sagt deshalb, die Sätze müßten sich bewähren, um als geltend betrachtet zu werden. Wenn also die Opfertheorie O. Mayers als bewährte Lehre angesehen werden kann, so wäre es zweifellos möglich, daß die Billigkeitshaftung des Staates auch geltendes Recht würde.

Es frägt sich aber, ob die Billigkeitshaftung in der Gestalt, welche ihr O. Mayer gegeben hat, ohne Einschränkungen als geltendes Recht angewendet werden könnte. Ist die Haftung des Staates in dieser allgemeinsten Form „richtig"? Die Billigkeitshaftung geht von dem Prinzip der Gleichbehandlung aus: Mit dem Dasein eines Staates, dem man immer mehr öffentliche Aufgaben setzt, sind Schädigungen des Einzelnen unvermeidlich verbunden. Verhüten lassen sie sich meistens nicht oder nur in beschränktem Maße. Treffen die Nachteile einzelne ungleich oder unverhältnismäßig, so spricht die Billigkeit für ein Schadloshalten des Einzelnen auf Kosten der Allgemeinheit. Dieses Prinzip ist auch in seinem ganzen, durchführbaren Umfang zu bejahen. Allein man kann die Billigkeit verschieden auffassen, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Verletzten oder auf den Standpunkt der Gemeinschaft stellt, auf die auch der Einzelne angewiesen ist. Bewertet man einen schädigenden Eingriff einseitig vom Standpunkt des Geschädigten, ohne seine Stellung mit der Allgemeinheit in Beziehung zu bringen, so steht die Billigkeit allerdings in einem Gegensatz zum Recht: „sie bedeutet eine Schonung, eine Rücksichtnahme, die dem Einzelnen zuteil werden

[53]) Recht und Rechtsverwirklichung, S. 442.

soll, um ihn vor Schaden zu behüten [54])." Die Billigkeit, welche rechtlich von Bedeutung ist, läßt sich aber nicht allein nach Gesichtspunkten der Schonung und Milde bestimmen, sondern darnach, ob eine Schonung und Rücksichtnahme des Einzelnen mit den Interessen der Gemeinschaft vereinbar ist. Was dem Einzelnen als billig erscheint, unterscheidet sich von dem, was objektiv als billig bezeichnet werden darf. Die Grenze ist auch für die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht maßgebend. Nimmt aber O. Mayer an, die Entschädigungspflicht werde allein durch das Vorhandensein eines besonderen Opfers begründet, so scheint er sich zu einseitig auf den Standpunkt des Benachteiligten zu stellen, ohne die verletzten Interessen des Einzelnen mit den Interessen der Allgemeinheit in Beziehung zu bringen. Das Vorliegen eines solchen Nachteils ist die Voraussetzung für die Entschädigungspflicht des Staates, aber noch kein genügender Grund dafür, diesen Nachteil auf die Allgemeinheit abzuwälzen. Die Fälle, wo eine Entschädigung gebilligt werden kann, sind darum immer nur ein Ausschnitt aus all den Fällen, wo ein Nachteil überhaupt entstanden ist. Diese Fälle abzugrenzen, müssen Gründe gesucht werden, die zu einem allgemeinen Grundsatz vereinigt, erst als Haftungsprinzip für die öffentlichrechtliche Entschädigung gelten können.

3. Die Begründung der staatlichen Entschädigungspflicht mit der Rechtsgleichheit.

(Art. 4 B. N.)

O. Mayer begründet die staatliche Entschädigungspflicht mit der Billigkeit. Die Billigkeit ist aber ein sehr unbestimmter Begriff. Rümelin nennt sie eine Verhaltensnorm, oder besser eine Summe solcher Normen, die inhaltlich noch nicht in bestimmte, allgemeine Grundsätze aufgelöst worden sind. „Darüber, welche Grundsätze für die Wertung der Interessen maßgebend sein sollen, sagt der allgemeine Billigkeitsbegriff nichts aus. Diese hängen von den nähern Umständen ab, unter denen die Billigkeitsfrage gestellt wird [55])."

Auch der Billigkeitsbegriff O. Mayer's bedarf einer innern Begründung. O. Mayer will den Staat für jedes besondere Opfer verantwortlich machen, welches er dem einzelnen Bürger im

---

[54]) Vgl. O. Mayer: Die Entschädigungspflicht, S. 6.

[55]) Vgl. Rümelin: Die Billigkeit im Recht, S. 16 u. S. 64.

Verhältnis zu allen übrigen auferlegt. Die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht bezweckt also eine gleichmäßige Belastung sämtlicher Staatsangehöriger. Der Grund für die Entschädigungspflicht ist eigentlich die ungleiche Beanspruchung des Einzelnen durch die Staatsgewalt [56]).

Auf diesen innern Grund der Opfertheorie verweisen zwei Anhänger der O. Mayer'schen Entschädigungstheorie in der schweiz. Literatur: Andreas v. Sprecher in seiner Doktordissertation „Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt [57])" und Professor Dr. E. His in seiner Antrittsvorlesung „Ueber das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen [58])." Die innere Begründung der Billigkeitshaftung des Staates, welche bei O. Mayer vor dem Nachweis eines allgemein geltenden Haftungsgrundsatzes zurücktritt, wird bei Sprecher und His klarer [59]). Theoretisch bringen die beiden Abhandlungen nichts neues gegenüber der Opfertheorie. Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie die an das Naturrecht anklingende Billigkeitshaftung auf eine positiv rechtliche Grundlage zu stellen versuchen.

Besonders interessiert hier die Arbeit Sprecher's, welcher die Einführung einer allgemeinen staatlichen Entschädigungspflicht ohne gesetzgeberische Neuerungen nur durch eine weitgehende Auslegung der in Art. 4 anerkannten Rechtsgleichheit verlangt. Ist aber eine solche Auslegung von Art. 4 B. V. nach geltendem Recht möglich? „Dem Grundsatz der Rechts-„gleichheit wird eine viel weitergehende Bedeutung zugesprochen. „Er gewährleistet nicht nur die formelle Gleichheit der Bürger „inbezug auf Rechte und Pflichten, er verbietet auch dem Staat, „dem Bürger eine Behandlung zuteil werden zu lassen, die sich „als materiell ungleich charakterisiert; der Staat darf nicht einem „oder einzelnen Bürgern mehr Leistungen und Lasten auferle-„gen als den andern [60])."

Sprecher geht bei seinen Untersuchungen von der materiellen Rechtsgleichheit aus. Eine materielle Ungleichheit liegt vor, wenn durch die Gesetzgebung oder bei der Handhabung des geltenden Rechts einzelne Bürger oder Klassen bevorzugt oder

---

[56]) Vgl. Rümelin, S. 66 ff.
[57]) Berner Dissertation 1920.
[58]) Erschienen i. d. Zeitschr. f. schw. Recht, Bd. 64, S. 22 ff.
[59]) Vgl. Sprecher, S. 121 ff. und His, S. 41 ff.
[60]) Vgl. Sprecher, S. 124.

benachteiligt werden [61]). Eine solche tatsächliche Benachteiligung liegt ohne Zweifel auch vor, wenn jemand bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt geschädigt wird. Aber auch hier, wo es sich um ein Vermögensinteresse handelt, kann die Bedeutung der Rechtsgleichheit nicht weiter angenommen werden als in den Fällen, wo andere rechtlich geschützte Interessen auf dem Spiele stehen. Die Gleichheit ist auch hier keine absolute, sie muß gewissen Einschränkungen unterzogen werden. Burckhardt [62], auf den Sprecher verweist, sagt, daß nicht jede tatsächliche Verschiedenheit eine abweichende, rechtliche Behandlung rechtfertige, „die tatsächliche Verschiedenheit muß eine erhebliche sein. Was ist aber erheblich? Das ist jeweilen das ganze gesetzgeberische Problem." Damit ist man auf dem Punkte angelangt, wo bei der Billigkeitshaftung O. Mayer's die Frage nach der objektiven Billigkeit gestellt werden mußte. Die Frage nach der Erheblichkeit einer tatsächlichen Verschiedenheit ist nichts weiteres als eine Billigkeitsfrage, und ob eine tatsächliche Verschiedenheit erheblich sei, bestimmt sich nach den nämlichen Gesichtspunkten wie die Frage, wo eine ausgleichende Entschädigung der objektiven Billigkeit entspricht. E. Huber sagt [63]), „Billigkeit sei wohl Gleichbehandlung, aber nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt, nämlich in der Betrachtung der Stellung des Individuums in der Gemeinschaft nach kollektivistischem Bewußtseinsinhalt gegenüber dem individualistischen". Auch wenn die Billigkeit also scheinbar im Gegensatz zum Recht gebraucht wird, so bestimmt sie sich nie nach dem einseitigen Standpunkt des Einzelnen, sondern darnach, wie man das Einzelinteresse am Allgemeininteresse wertet. Aehnlich wie E. Huber spricht sich Burckhardt [64]) aus über die Erheblichkeit der tatsächlichen Verschiedenheiten bei der Rechtsungleichheit: „Wenn auch die „Normen des richtigen Rechts, an denen diejenigen des positiven „Rechts gemessen werden sollen, nicht feststehen wie die letzteren, „so lassen sie sich doch methodisch diskutieren, und wenn sich „auch, wie schon bemerkt, die Grenze zwischen verfassungs„widrigen und nicht verfassungswidrigen Abweichungen vom „richtigen Recht, zwischen dem, was Willkür und nicht Willkür „ist, nicht formal logisch definieren läßt, so ist sie doch vorhanden.

---

[61]) Vgl. Burckhardt: Kommentar zum B. V., S. 73.
[62]) Kommentar, S. 79.
[63]) Recht und Rechtsverwirklichung, S. 59 f.
[64]) Kommentar, S. 79.

„gleich wie bei der „angemessenen Entschädigung" die Grenze „das Recht des Verletzten bildet."

Die Rechtsgleichheit ist durch Art. 4 B. V. zwar nur gegenüber kantonalen Erlassen und Verfügungen geschützt; das Bundesrecht wird der bundesgerichtlichen Kritik entzogen. Desungeachtet muß auch das Bundesrecht von diesem allgemeinen Grundsatz beherrscht sein, obwohl hier der Einzelne keinen rechtlichen Anspruch aus einer Verletzung der Gleichheit abzuleiten vermag. Der Rechtsgleichheit kommt auf diesem Gebiete mehr theoretische Bedeutung zu. Trotzdem ist die Rechtsgleichheit wie im kantonalen Recht auch hier den gleichen Einschränkungen unterworfen, welche ihr den absoluten Charakter nehmen. Will man nämlich die Entschädigungspflicht des Staates mit dem für die ganze Rechtsordnung geltenden Grundsatz der Gleichheit begründen, so dürfte ihm dennoch keine weitergehende Bedeutung zukommen als in Art. 4 B. V., d. h. die Entschädigungspflicht könnte in dieser allgemeinsten Form mit der Rechtsgleichheit nicht begründet werden. Das Vorliegen einer tatsächlichen Ungleichheit allein berechtigt noch nicht zum Ersatze eines Schadens, sondern bildet erst den Anlaß dazu, daß die Erheblichkeitsfrage, bezw. die Billigkeitsfrage überhaupt gestellt wird. Lautet die Antwort für den Geschädigten günstig, so rechtfertigt ihre nähere Begründung erst eine öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht.

4. Die bundesgerichtliche Praxis.

Das Bundesgericht vertritt den Standpunkt, daß der Bund nur zu einer ausgleichenden Entschädigung verpflichtet werden könne, wenn die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht durch eine positiv rechtliche Bestimmung ausdrücklich festgestellt werde. Auch für die militärdienstlichen Verrichtungen verneinte deshalb das Bundesgericht die staatliche Entschädigungspflicht überall da, wo nach seiner Ansicht der sachliche Geltungsbereich von Art. 27 ff. M. O. aufhört. Von besonderer Wichtigkeit sind hier vier Fälle, welche im gleichen Jahre zur bundesgerichtlichen Beurteilung kamen und die sich auf vier voneinander verschiedene Dienstarten beziehen: den Grenzbesetzungsdienst, den Polizeidienst der Truppen zur Unterstützung der Zollorgane gegen den Schmuggel, den Ordnungsdienst im Landesinnern und den freiwilligen Bewachungsdienst. Bei allen vier Arten von dienstlicher Tätigkeit sprach das Bundesgericht den Staat von der Ent-

schädigungspflicht frei. Seine Auffassung wird bei einer ausführlichen Darlegung dieser vier Fälle am ehesten klar.

1. Während des Grenzschutzdienstes hielten es die Militärbehörden für notwendig, den Verkehr über den Gotthardpaß einschränkenden Bedingungen zu unterwerfen und teilweise zu unterbinden. Der Besitzer des Gotthardhospizes, Lombardi, klagte darum den Bund auf Ersatz des ihm durch die militärischen Absperrungen entgangenen Gewinnes ein [65]). Er begründete sein Entschädigungsbegehren vor allem mit Art. 203 M. O. und mit allgemeinen Enteignungsgrundsätzen.

Beide Begründungen der Klage wurden vom Bundesgericht als ungenügend abgewiesen, „perchè l'art. 203 della legge preci-„tata concerne solo il danno fatto alle proprietà mobili ed im-„mobili messe a disposizione dei comandanti della truppa e delle „autorità militari, vale a dire il danno derivante dallo così dette „requisizioni militari, ipotesi questa che non ha riscontro nella fattispecie" [66]). Auch die analoge Anwendung von Enteignungsrecht verbot das Bundesgericht. „Criterio essenziale dell' espro-„priazione è quindi, da un lato, che la misura sia d'ordine spe-„ciale, vale a dire non concerna che uno o più singoli, dall' altro, „che il diritto sottratto alla disposizione privata venga devoluto „allo Stato ad all' ente autorizzato. Nulla di ciò nel caso in esame, „nel quale si tratta di una misura generale . . . e la quale, pur „limitandone la libertà di azione, non le priva di un diritto per „investirne l'ente statale [67])."

Auch die Begründung mit zwei bundesgerichtlichen Entscheiden, welche in ähnlichen, dem Enteignungsrecht verwandten Fällen eine staatliche Entschädigungspflicht anerkannten [68]), wurde verworfen. Das eine Urteil bezog sich auf eine reine Kompetenzfrage und die staatliche Entschädigungspflicht wurde nur leicht berührt. Im Falle der „Papiermühle" aber wurde dem Kläger für die durch die Erweiterung der anstoßenden Pulverfabrik tatsächlich eingetretene Wertminderung der Liegenschaft eine Entschädigung zugesprochen. Das Bundesgericht berücksichtigte den eingeklagten Ausfall der jährlichen Einnahmen insofern, als er einen ungünstigen Einfluß auf die Verkäuflichkeit der Liegenschaft ausübte [69]). Die Entschädigung bezieht sich also

[65]) Vgl. B. G. E. 47, II. 71 ff.
[66]) Vgl. B. G. E. 47, II. 77.
[67]) Vgl. B. G. E. 47, II. 78.
[68]) Vgl. B. G. E. 24, II. 257 und 29, II. 428.
[69]) Vgl. B. G. E. 24, II. 260 u. 272.

nicht unmittelbar auf einen entgangenen Gewinn, sondern auf eine Entwertung der Wirtschaft, welche allerdings durch den entgangenen Gewinn herbeigeführt wurde. Das Bundesgericht lehnt jedoch eine Analogie zum Falle „Papiermühle" ab, weil dort „provvedimenti speciali che interessavano solo singole persone" vorliegen und weil ferner die Eidgenossenschaft als „proprietaria di fondi limitrofi a quelli dei dannegiati" aufgetreten sei. Die letztere Begründung erinnert an die Rechtsprechung des Reichsgerichts; sie entspricht aber dem angeführten bundesgerichtlichen Entscheid darin, daß dort zur Feststellung einer außergewöhnlichen Einwirkung auf fremden Grundbesitz nachbarrechtliche Gesichtspunkte maßgebend waren. Die staatliche Entschädigungspflicht selbst wurde im Falle „Papiermühle" mit den expropriationsähnlichen Verhältnissen begründet [70]). In Wirklichkeit war der Tatbestand im Falle Lombardi ganz ähnlich wie bei der „Papiermühle". Trotzdem die Benachteiligung auf dem Gotthard nicht dauernden Charakter hatte, so lagen doch hier auch expropriationsähnliche Verhältnisse vor. Auch die nur für eine bestimmte Zeit vorgenommene Enteignung oder Beanspruchung von Rechten verpflichtet den Staat zur Zahlung einer Entschädigung. Darin kann also ein Unterschied nicht erblickt werden, daß bei der „Papiermühle" ein positiver Schaden, bestehend in einer Wertverminderung der Liegenschaft, eingetreten ist, während im Falle Lombardi nur entgangener Gewinn eingeklagt wurde. Der entgangene Gewinn hätte hier wie dort in einer Verminderung des Verkehrswertes ausgedrückt werden können, auf den der fehlende Gewinn besonders bei einem Wirtschaftsgewerbe drücken muß. Der Unterschied mit dem Falle der „Papiermühle" liegt nur darin, daß dort eine einzelne Person geschädigt wurde und daß die schädigende Maßnahme mit aller Bedachtsamkeit und Ueberlegung im tiefsten Frieden geschah, während sie im Falle Lombardi zu jenen Maßnahmen gehörte, die als Folge der Kriegsereignisse die ganze Bevölkerung mehr oder weniger in Mitleidenschaft zogen.

Endlich lehnte das Bundesgericht aus dem gleichen Grunde die Anwendung der O. Mayer'schen Opfertheorie ab, weil durch die staatliche Maßnahme das Opfer nicht allein dem Hospizbesitzer auferlegt werde, sondern „a tutta una classe di esercenti, „non solamente della regione del Gottardo ma, più o meno severa„mente secondo le necessità del luogo, di ovunque in Isvizzera

[70]) Vgl. B. G. E. 24, II. 270. — Vgl. oben S. 88.

„dove identiche condizioni di fatto si sono verificate (nel Giura, „alla Furka, all' Oberalp ecc.): dovendosi poi anche considerare „che, anche all' infuori del ceto degli albergatori, altre e nume- „rose classi della popolazione furono colpite dalle misure che „durante la guerra le supreme Autorità amministrative dovettero „prendere nell' interesse del paese; misure che in sè costituiscono „senza dubbio violazioni gravissime della libertà di commercio e „dell' industria ed in genere delle libertà individuali [71])." Ferner könne es sich hier auch nicht um die Verletzung eines besondern Rechtes handeln, weil der Hospizbesitzer vom Bund keine Berechtigung erworben habe auf die Freiheit des Verkehrs über den Gotthard. „In tutti questi casi si tratta piuttosto di lesione d'in- „teressi contrastantisi che di violazione di veri e propri diritti „(Feiner, l. c. p. 284); in altre parole, di un conflitto di interessi „legittimi tra lo Stato ed i singoli cittadini per misure e provvedi- „menti intesi alla difesa ed alla conservazione della nazione. Che „i singoli non siano stati colpiti nella stessa misura era cosa „inevitabile, ma non dipendeva da disparità di trattamento (Art. „4 C. F.), sebbene dalla diversità della loro situazione economica [72])." Damit lehnt das Bundesgericht auch die Begründung des Anspruches mit der Rechtsgleichheit, als einem allgemein geltenden Grundsatze, ab.

2. Ein zweiter Entscheid von grundlegender Bedeutung bezieht sich auf den schon an anderer Stelle angeführten Fall Grünzweig, welch letzterer durch einen Militärposten erschossen wurde. Als die Hinterlassenen des Getöteten mit ihrer Schadenersatzklage gegen die verantwortlichen Militärpersonen abgewiesen wurden [73]), weil diesen keine Pflichtwidrigkeit nachgewiesen werden konnte, richteten sie das Entschädigungsbegehren gegen den Staat selbst [74]). Zur Begründung der Haftung werden Art. 27 M. O. sowie Art. 55 und 41 O. R. angeführt.

In seinem Urteil stellt das Bundesgericht zunächst fest, daß es sich nicht um ein widerrechtliches Eingreifen der Staatsgewalt handelte und verweist auf seine ständige Praxis: in solchen Fällen sei eine Entschädigungspflicht des Staates nur möglich, wenn sie durch einen positiven Rechtssatz ausgesprochen werde. Die Begründung des Entschädigungsanspruches mit Art. 27 M. O. weist es zurück, weil das Anhalten des Automobils hier nicht als mili-

[71]) Vgl. B. G. E. 47, II. 81.
[72]) Vgl. B. G. E. 47, II. 81.
[73]) Vgl. B. G. E. 47, II. 176.
[74]) Vgl. B. G. E. 47, II. 554.

tärische Uebung aufgefaßt werden könne, sondern eine polizeiliche Aktion sei, mit der ein Gebrauch der Waffe und die Anwendung von Gewalt gegen Personen oder Sachen meistens verbunden sei. Die unmittelbare Anwendung von Zivilrecht (Art. 55 O. R., Art. 55 Z. G. B.) werde aber durch Art. 59 Z. G. B. verboten.

In diesem Entscheid wird die Möglichkeit eines Selbstverschuldens der Getöteten mit keinem Worte berührt, trotzdem dies im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, weil das Automobil die in genügend großen Abständen aufgestellten drei Posten durchfuhr, ohne zu bremsen [75]).

Bezeichnend für die mangelhafte Regelung der Schadenersatzpflicht ist hier der Nebenanspruch, den die Kläger dem Hauptbegehren anfügten: Der Bund wird ersucht, auch die Kosten zu ersetzen, welche den Klägern aus dem Prozeß gegen die verantwortlichen Dienstpflichtigen erwachsen sind. Unrichtige Hinweise und Feststellungen des Territorialgerichtes bei der strafrechtlichen Beurteilung hätten die Kläger genötigt, jene Prozesse zu führen [76]). Dieser Uebelstand scheint weniger einer Irreführung seitens der Territorialgerichte zuzuschreiben zu sein als der unvollständigen gesetzlichen Regelung der Schadenersatzpflicht im Militärdienst. Was dieses Nebenbegehren für den Standpunkt der geschädigten Parteien besagt, drückt schon das erstinstanzliche Urteil im Streite der Kläger gegen die verantwortlichen Dienstpflichtigen für die Stellung des Dienstpflichtigen aus: „Dem Bund ist von allen an diesem Prozesse beteiligten Parteien in richtiger Erkenntnis der Rechtslage der Streit verkündet worden. Der Bund hat indessen jede Teilnahme am Prozeß abgelehnt, und es mag befremden, daß er sich hier nicht ins Mittel legte, sondern einen langwierigen und zeitraubenden Prozeß durch seine Wehrmänner austragen läßt, die doch nur im Dienste des Staates, wie das Territorialgericht festgestellt hat, ihre militärische Pflicht getan haben [77])."

3. Ein weiterer Fall bezieht sich auf den Ordnungsdienst anläßlich des Basler Generalstreiks. Während der Unruhen am 31. Juli 1919 näherte sich ein Zug Demonstranten dem Tor der Kaserne und drohte es einzudrücken. Die im Kasernenhof stehenden Truppen zerstreuten die Menge durch einige Schüsse. Zwei davon trafen ein junges Mädchen namens Hunziker. Nachträg-

[75]) Vgl. B. G. E. 47, II. 556. Die am Tatort vorgenommene Untersuchung ergab, daß der Chauffeur das Automobil gar nicht zu bremsen versuchte.

[76]) Vgl. B. G. E. 47, II. 557.

[77]) Aus dem Urteil des zürch. Bezirksgerichtes vom 3. Februar 1920, S. 9.

lich konnte nicht mehr ermittelt werden, ob sich dasselbe auf dem Heimwege befand, zuschaute, oder am Umzuge teilnahm. Auch hier handelte es sich um einen rechtmäßigen Eingriff der Truppen [78]). Die Klägerin beruft sich in der Klage auf die verfassungsmäßig garantierte Unverletzlichkeit des Eigentums und der Freiheit.

Das Bundesgericht wies die Klage aber ab, weil diese Individualrechte im Interesse eines geordneten Zusammenlebens beschränkt werden dürfen. Den sie einschränkenden Eingriffen des Staates wird nur dadurch eine Schranke gesetzt, „als sie, um zu„lässig zu sein, auf einer allgemein verbindlichen Rechtsnorm „(gesetzlichen Grundlage) beruhen und in höhern Interessen be„gründet sein müssen, ferner dem übrigen materiellen Verfas„sungsrecht nicht widersprechen dürfen. Es mag daraus wohl „eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staates oder einer „andern Gemeinschaft für den Fall folgen, daß für den Eingriff „jene Voraussetzungen fehlen. Sind sie aber vorhanden, so ist die „Rechtslage keine andere als bei irgendwelchem an sich recht„mäßigen Akte der Staatsgewalt, der eine Einwirkung auf die „private Interessensphäre eines Bürgers mit sich bringt [79])." Mit diesen Erwägungen kommt das Bundesgericht wieder zum Schluß, daß eine staatliche Entschädigungspflicht nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen angenommen werden kann.

Die Klage schließt nun aber von Art. 203 der M. O. und Art. 280 und 289 V. R. auf einen allgemeinen Haftungsgrundsatz. Aus den schon erwähnten Gründen [80]) bestreitet das Bundesgericht das Vorliegen einer Analogie. Die angeführten Bestimmungen hat der Gesetzgeber nur für die eindeutig bestimmten Tatbestände erlassen. Er war sich ihrer beschränkten sachlichen Geltung vollkommen bewußt, indem er mit ihnen nicht nur eine Verteilung der ungleichen Belastung auf die Allgemeinheit bezweckte, sondern noch einen andern Zweck im Auge hatte, wie die Prävention oder die Entschädigung eines dem Staate zwangsweise überlassenen Gegenstandes usw. Diesem besondern Zweck entsprechen die besondern Voraussetzungen, welche für die Begründung einer staatlichen Entschädigungspflicht neben dem Vorliegen einer ungleichen Belastung des Einzelnen ausschlaggebend sind, z. B. die Beschränkung der Entschädigungspflicht auf militärische Uebun-

---

[78]) Vgl. B. G. E. 47, II. 504 ff., Erw. 3.
[79]) Vgl. B. G. E. 47, II. 511.
[80]) Siehe oben S. 86 ff.

gen oder auf die dem Staate zwangsweise überlassenen Gegenstände.

In der fünften Erwägung nimmt das Urteil Stellung zu der allgemeinen Entschädigungspflicht aus Billigkeitsgründen. Es will sie aber auf diejenige staatliche Tätigkeit beschränkt wissen, wo der Staat in der Erfüllung seiner selbst gesetzten Aufgaben handelt, z. B. Zeugengelder, Entschädigung für unschuldig Verfolgte usw. Der Staat werde sich dagegen da nicht mehr freiwillig verpflichten, Schadenersatz zu leisten, wo er gezwungen werde, um seine eigene Existenz zu kämpfen. „Während dort, „bei der Erfüllung der selbstgesetzten Zwecke der Gemeinschaft, „die Frage der Zweckmäßigkeit eine Rolle spielt, eine Rücksicht „auf die Einzelnen möglich und eine Ausgleichung tunlich ist, „wird in den Fällen der zweiten Art, der Verteidigung der Grund„lagen des Staates, die Tätigkeit der Staatsgewalt durch die Not„wendigkeit beherrscht, die auch einzig für Natur und Umfang „der Maßnahmen Ziel und Grenze setzt. Eine Rücksichtnahme „auf die Einzelinteressen wäre nicht möglich, ohne den Schutz in „seiner Energie zu beeinträchtigen und in seinen Mitteln zu be„schränken [81])." Wenn sich der Staat dazu versteht, auch in diesen Fällen eine billige Entschädigung zu entrichten, so tut er es aus Zweckmäßigkeitsgründen, d. h. neben den rechtlichen leiten ihn hauptsächlich politische Gründe. Endlich bestreitet das Bundesgericht die Passivlegitimation des Bundes. Nach Art. 16 B. V. hätte derjenige Kanton die Kosten der Intervention zu tragen, auf dessen Veranlassung sie vorgenommen wurde. Hier müßte also die Klage gegen den Kanton Basel gerichtet werden.

4. Der vierte Fall, welcher sich Art. 27 ff. M. O. entzog, ereignete sich im freiwilligen Bewachungsdienst [82]). Ein Militärradfahrer stieß an einer gefährlichen Straßenecke mit einem Passanten zusammen, welcher erhebliche Verletzungen davontrug. Die Klage, welche der Verletzte gegen den Bund erhob, wurde vom Bundesgericht aus den gleichen Gründen wie im vorigen Fall abgewiesen. Mit Bezug auf Art. 27 M. O. sagt das Bundesgericht, daß der Militärradfahrer wie ein gewöhnlicher Radfahrer die öffentliche Straße benützte und daß seine Eigenschaft als Militärperson für den Unfall ohne Bedeutung gewesen sei. Art. 27 M. O. könne aber nur auf solche Hilfsverrichtungen angewendet werden, mit welchen die besondere Gefährdung der

---

81) Vgl. B. G. E. 47, II. 516.
82) Vgl. B. G. E. 47, II. 522 ff.

militärischen Verrichtungen verbunden sei. Auch Art. 55 O. R. führt das Bundesgericht zu keiner andern Auffassung. Die Anwendung von Art. 55 scheint schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich in casu um einen allen Formen entsprechenden, dienstlichen Befehl handelte. Die pflichtgemäße Ausführung eines solchen kann aber nicht mehr unter Privatrecht stehen.

In allen vier Fällen weist das Bundesgericht die Entschädigungsklage ab, weil positivrechtliche Bestimmungen fehlen. Aber auch eine analoge Auslegung der bestehenden Gesetzesbestimmungen und die Anerkennung der O. Mayer'schen Opfertheorie wird verworfen.

Die analoge Anwendung von Enteignungsgrundsätzen beschränkt das Bundesgericht auf Fälle, in denen ein Recht oder ein rechtlich geschütztes Interesse vom Staat absichtlich in Anspruch genommen wird. Der Entscheid Lombardi spricht von einem „privare di un diritto per investirne l'ente statale" oder von einem „sottrarre alla disposizione privata" und „devolvere allo Stato". Art. 203 Absatz 2, welcher den Einzelnen verpflichtet, sein Eigentum den Militärbehörden zu überlassen, wird im Falle Hunziker ausgelegt, er beziehe sich nur auf die bewußte und gewollte Inanspruchnahme fremden Gutes, „womit die Schädigungen nicht auf gleiche Stufe gestellt werden können".

Die Opfertheorie O. Meyers hat das Bundesgericht schon in früheren Entscheiden abgelehnt [83]). In den Fällen Lombardi und Hunziker wird die Billigkeitshaftung des Staates wieder in Erwägung gezogen, obwohl sich das Bundesgericht von vornherein ablehnend dazu verhält. Das läßt vermuten, daß das Bundesgericht immer noch mit der Möglichkeit einer Billigkeitshaftung rechnet und seiner ablehnenden Auffassung nicht so ganz sicher ist. Die Billigkeitshaftung wird denn auch nicht abgelehnt, weil ihre Anwendung grundsätzlich unmöglich ist, sondern weil sie auf die zu entscheidenden Fälle nicht zutreffe. Im ersten Fall könne eine Haftung des Staates nicht eintreten, weil das zugefügte Opfer kein besonderes Opfer mehr sei, und im dritten Falle wird das Gebiet, wo eine Billigkeitshaftung des Staates überhaupt denkbar wäre, beschränkt auf die Tätigkeit des Staates bei Erfüllung seiner selbstgesetzten Aufgaben. Die Erfüllung von Aufgaben, welche von außen an den Staat herantreten, würden nur durch die Notwendigkeit beherrscht, von welcher auch der Um-

[83]) Vgl. B. G. E. 31, II. 543 ff. und besonders B. G. E. 36, II. 307 ff.

fang der zu ergreifenden Maßnahmen allein abhängig sei. Von einer Unverhältnismäßigkeit zwischen dem zu erreichenden Zweck und den dazu verwendeten Mitteln könne darum nicht gesprochen werden. Eigenartig berührt jedoch, daß im Falle Grünzweig die Möglichkeit einer Billigkeitshaftung mit keinem Worte erwähnt wird. Ein besonderes Opfer lag hier ohne Zweifel vor, und die schädigende Maßnahme hatte rein polizeilichen Charakter, indem sie zur Unterstützung der staatlichen Zollorgane diente.

Auf die Rechtsgleichheit geht das Bundesgericht nicht näher ein, da es ja nicht zuständig ist, die eidgenössischen Erlasse und Verfügungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen: Im Falle Lombardi wird nur darauf verwiesen, daß der dem Hospizbesitzer durch die Sperrung der Gotthardstraße entstandene Schaden noch keine Ungleichheit i. S. des Art. 4 B. V. sein könne.

5. Wann wird der Bund entschädigungspflichtig?

Gegenüber öffentlichrechtlichen Entschädigungsansprüchen vertritt das Bundesgericht den streng positivrechtlichen Standpunkt und beschränkt die Entschädigungspflicht auf die Fälle, wo sie durch eine gesetzliche Norm anerkannt wird. Gleichwohl wäre es dem Richter möglich, auch da eine Rechtspflicht anzuerkennen, wo dies eine gesetzliche Bestimmung nicht ausdrücklich vorschreibt. Art. 1 Z. G. B., welcher den Richter ermächtigt, überall, wo gesetzliche Vorschriften und Gewohnheitsrecht fehlen, nach der Regel zu entscheiden, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde, bringt diesen Gedanken für das Zivilrecht zum Ausdruck. Das ist aber keine Eigentümlichkeit des Zivilrechts, sondern eine allgemeine Forderung für jedes geschriebene Recht, die Forderung der Lückenlosigkeit. Der Richter „soll erkennen dürfen, daß das gesetzte Recht seine Lücken hat, die keine Auslegung auszufüllen vermag. Und hat er dieses festgestellt, so spricht er sein Urteil auf Grund nicht der Lückenlosigkeit des Gesetzes, wohl aber der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und setzt den Rechtssatz voraus, den er im Zusammenhang mit aller übrigen Rechtsordnung als Gesetzgeber für das Richtige halten würde [84])." Auch das öffentliche Recht muß lückenlos sein. Darum darf die freie Rechtsfindung auch hier angewendet werden. Das Bundesgericht konstruiert zudem heute noch die öffentlichrechtliche Entschädigung als zivilrechtlichen Anspruch, wenn auch nur, um seine eigene Zuständigkeit zu begründen.

[84]) Vgl. Huber: Erläuterungen zum Vorentwurf, I. Heft, S. 37.

Nach welchen Gesichtspunkten müßte der Richter aber in diesen Fällen urteilen? Schon bei der Opfertheorie und bei der Rechtsgleichheit drängte sich diese Frage auf, nur in anderer Gestalt, dort als Billigkeitsfrage, hier als Erheblichkeitsfrage. Es frägt sich, ob ein allgemeiner Grundsatz, der alle zur Entschädigung berechtigenden Fälle umfaßt, gefunden werden kann, oder ob die Frage je nur für verschiedene Gruppen von Tatbeständen gelöst werden kann. Letzteres scheint das wahrscheinlichere. Wie sich bei der Rechtsgleichheit die Grenze zwischen verfassungswidrigen und nicht verfassungswidrigen Abweichungen von der Billigkeit nicht formal logisch definieren läßt [85]), so wird dies auch für die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht der Fall sein. Die Frage bleibt immer offen. Immerhin lassen sich einzelne Gesichtspunkte aufstellen, welche für ein bestimmtes Gebiet der staatlichen Tätigkeit gelten müssen. Je mehr solcher Gründe gefunden werden, um so genauer wird sich auch die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht bestimmen lassen.

Daß es solche Entschädigungsgründe gibt, welche im positiven Recht nicht berücksichtigt sind, zeigt am besten die oben besprochene Praxis des Bundesgerichts. Die Verneinung der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht war nicht in allen Fällen gerechtfertigt.

Im Falle Lombardi konnte eine Entschädigung nicht zugesprochen werden, weil sich die ungleiche Belastung nicht nur auf einen Einzelnen erstreckte, sondern eine ganze Klasse von Bürgern in Mitleidenschaft zog. Obwohl sich darin auch eine Verletzung der Gleichheit äußert, so ist sie jedenfalls nicht so offenkundig wie in drei andern Fällen.

Ungerecht erscheint aber die Abweisung des Entschädigungsbegehrens im Falle Grünzweig. Zu einer Zeit, wo „die Grundlagen der Gemeinschaft" nicht gefährdet sind, ist es eine unbillige Belastung des Einzelnen, wenn er für die Wahrung eines öffentlichen Interesses mit seinem Leben büßen muß. Die Unbilligkeit ergibt sich hier aus dem Verhältnis des zu erzielenden Zweckes zu den aufgewendeten Mitteln. Der Wert eines Menschenlebens ist keine absolute Größe; er verändert sich je nach dem Zweck, für den es eingesetzt wird. Wenn jemand bei der Wiederherstellung der Ruhe in der Gemeinschaft getötet wird, so mag man es schließlich als eine sittliche Pflicht des Einzelnen bezeichnen. Das Opfer läßt sich unter solchen Umständen immer-

[85]) Vgl. Burckhardt, Kommentar, S. 79.

hin erklären. Wenn aber der Einzelne bei irgend einer zollpolizeilichen Maßnahme sein Leben verliert, so ist das Opfer ein ganz unverhältnismäßig großes, denn der Zweck der Maßnahme, die Sicherstellung der staatlichen Zolleinnahmen, macht es hier noch lange nicht notwendig, daß der Einzelne dafür mit seinem Leben einstehen muß. Aus dieser Unverhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel ergibt sich die Ungerechtigkeit eines derartigen Zustandes. Das Recht kann solche Schädigungen natürlich nicht verhindern, wenn es nicht aufhören will, weiter zu bestehen; aber es kann sie damit sühnen, daß es sie soweit möglich wieder gutzumachen sucht. Darum wäre die Entschädigungspflicht in einem solchen Falle zweifellos begründet gewesen, und es befremdet, daß das Bundesgericht auf seinem formalen positivrechtlichen Standpunkt verharrte.

Im Basler Generalstreik weist das Bundesgericht selbst auf die Verhältnismäßigkeit hin, in welcher eine militärische Maßnahme zu den vom Staat sich selbst gesetzten Aufgaben stehen muß: „Mag es da, wo der Staat bei der Erfüllung seiner selbst „gesetzten Aufgaben, die er im Interesse des Ganzen „übernimmt, einen Zwang ausübt und dadurch einzelne „schädigt, billig erscheinen, daß die Gemeinschaft einzustehen „habe, so insbesondere auf dem Gebiete der Gemeinschaft und „der Wohlfahrtspflege, in gewissem Umfange auch auf dem Ge„biete der Rechtspflege (Zeugengelder, Entschädigungen für un„schuldig Verfolgte u. drgl.), so ist seine Stellung doch anders, „wo es sich um die Wahrung und den Schutz der Grund„lagen der Gemeinschaft handelt, die Verteidigung gegen „einen äußern Angriff oder die Aufrechterhaltung von Ruhe und „Ordnung im Innern. Hier stehen qualitativ so hohe Interessen „der Gesamtheit auf dem Spiele, daß die Interessen Einzelner „gegenüber dem Zwang, der ihnen angetan wird, zurücktreten „müssen und sich damit nicht vergleichen lassen [86]).“ Hier, „wo „es sich tatsächlich um die Herstellung von Ruhe und Ordnung „im Innern handelte“, konnte allerdings auf die Einzelinteressen weniger gut Rücksicht genommen werden. Grünzweig aber wurde das Opfer einer Maßnahme, „die sich der Staat selbst gesetzt „hatte“ und da scheint das Bundesgericht — nach seinen eigenen Worten in dem zwei Tage darauf behandelten Falle zu

[86]) Vgl. B. G. E. 47, II. 515.

schließen — nicht abgeneigt zu sein, eine Entschädigungspflicht anzunehmen [87]).

Aber auch im Basler Generalstreikfall sprechen Gründe für die Entschädigungspflicht. Die Billigkeit wird immer verlangen, daß der Einzelne angemessen entschädigt wird, wenn er bei einem Angriff auf die staatliche Ordnung unschuldigerweise an Leib und Leben geschädigt wurde, allerdings vorausgesetzt, daß die Autorität des Staates und seine Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt sind. Deshalb kann eine solche Verpflichtung vom Staat auch erst nachträglich übernommen werden. Auf dem gleichen Gedanken beruhen die Invaliden-, Witwen- und Waisenunterstützungen, welche nach einem Kriege ausbezahlt werden. Die Zivilgerichte sind allerdings nicht zuständig, eine solche Unterstützungspflicht selbst aufzustellen [88]). Die Entschädigungspflicht würde damit zur Rechtspflicht und ein Teil der staatlichen Tätigkeit willkürlich der Rechtsordnung unterstellt. Dazu ist aber nicht das Bundesgericht zuständig, sondern die Bundesversammlung, welche allein bestimmen kann, wo die staatliche Tätigkeit dem Recht unterstellt werden darf. Durch Bundesbeschluß oder Bundesgesetz hätten auch die durch den Basler Generalstreik verursachten Schadensfälle erledigt werden sollen und nicht auf dem gerichtlichen Wege.

Es sollen hier nur diejenigen Entschädigungsgründe zusammengestellt werden, welche mit der besonderen Natur der dienstlichen Tätigkeit zusammenhängen. Die gesetzlichen Bestimmungen und die zur bundesgerichtlichen Beurteilung gelangten praktischen Fälle zeigen, daß der Richter besonders deren drei zu berücksichtigen hat. Eine ausgleichende Entschädigung scheint demnach begründet zu sein:

1. wenn der Staat Eigentum oder andere Rechte dem Einzelnen auf einem der Expropriation oder Requisition ähnlichen Wege absichtlich entzieht. Die Bestimmungen des Verwaltungsreglementes und der Militärorganisation bringen diesen Gedanken zum Ausdruck, und das Bundesgericht hat bei expropriationsähnlichen Fällen bereits eine sehr weitgehende Analogie zum Expropriationsrecht anerkannt;

[87]) Ein Umstand mag hier für das Bundesgericht mitbestimmend gewesen sein, die Entschädigungspflicht des Bundes abzulehnen: Im Jahre 1917 waren die Lebensmittel in der Schweiz knapp, und die Zollorgane, sowie die sie unterstützenden Truppen mußten alles aufbieten, um die unerlaubte Warenausfuhr zu verhindern. Vergegenwärtigt man sich diese wirtschaftliche Notlage des Landes, so mag das bundesgerichtliche Urteil weniger hart erscheinen.

[88]) Vgl. Jèze: Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, S. 428.

2. wenn die Schädigung infolge einer übungsweise vorgenommenen Diensthandlung erfolgte. Dieser Grundsatz ist in den Bestimmungen der Militärorganisation enthalten. Das Bundesgericht und besonders die Bundesverwaltung erlauben heute schon eine extensive Auslegung dieser Gesetzesartikel;

3. wenn die Belastung des Einzelnen in keinem Verhältnis steht zu dem Zweck, welcher mit der schädigenden Maßnahme verfolgt wird. Dieser Fall wird eintreten, wenn das Heer zu nicht eigentlich militärischen Aufgaben verwendet wird, z. B. zur Unterstützung der staatlichen Polizei- und Zollorgane, zu Hilfeleistungen bei Unglücksfällen, zu Absperrungszwecken, militärischen Beerdigungen etc., wenn also die im Heeresdienst gebräuchlichen Mittel und Vorschriften, bezw. die ganze, für den Kriegsdienst bestimmte Organisation des Heeres, gar nicht notwendig wäre, um die den Truppen in diesem Ausnahmefall gesetzten Aufgaben zu erfüllen. Das gesetzte Recht gibt keine Anhaltspunkte über diesen Haftungsgrund. Der Richter ist hier ausschließlich auf die freie Rechtsfindung angewiesen.

D. De lege ferenda.

Nachdem die gegenwärtige Rechtslage dargetan worden ist, bleibt zu untersuchen, ob eine Aenderung des geltenden Rechts wünschenswert ist. Gegen die Regelung der Schadenersatzpflicht im Uebungsdienst ist nichts einzuwenden. Sie entspricht den dienstlichen Verhältnissen am meisten [1]). Die Kritik bezieht sich hauptsächlich auf den Nichtübungsdienst, d. h. auf diejenige dienstliche Tätigkeit, welche nicht mehr unter die Art. 27 ff. der Militärorganisation fällt. Eine Anpassung des Schadenersatzrechts an die besondern öffentlichrechtlichen Verhältnisse hat hier überhaupt noch nicht stattgefunden. Der Dienstpflichtige haftet dem Dritten wie ein Privatmann.

Das öffentliche Schadenersatzrecht hat drei verschiedene Interessengruppen zu berücksichtigen:

das öffentliche Interesse an der Durchführung der dem Staate gesetzten Aufgaben,

das Interesse des Dienstpflichtigen, der eine gesetzliche Verpflichtung erfüllt und dabei zivilrechtlich verantwortlich wird, und

das Interesse des Dritten, welcher im öffentlichen Interesse einen Schaden erlitten hat.

Der Staat hat ein Interesse, die Personen in öffentlicher Stellung vor unbegründeten Zivilklagen in Schutz zu nehmen, weil ihre Tätigkeit, die vom öffentlichen Interesse geleitet werden soll, mit ihren eigenen Bedürfnissen und Wünschen in Widerspruch steht. Es fehlt ihnen deshalb jene persönliche Beteiligung an den Handlungen, die den Privaten immer wieder zur Wahrnehmung seiner Interessen antreibt. Nirgends ist aber das Bedürfnis eines besonderen Schutzes der öffentlichen Stellung größer als im Militärdienst, weil es hier um die Aufrechterhaltung der Grundlagen der rechtlichen Ordnung selbst geht und weil der Dienstpflichtige zu diesem Zwecke sogar mit seinem Leben einstehen muß. Der Schutz der dienstlichen Stellung ist jedoch gerade im aktiven Dienst mangelhaft. Während eine Schaden-

[1]) Siehe oben S. 34 ff. und S. 40 ff.

ersatzklage im Uebungsdienst nur an den Bund selbst gerichtet werden kann, ist der Dienstpflichtige im aktiven Dienst allen zivilgerichtlichen Verfolgungen schutzlos preisgegeben.

Diese freie Verfolgbarkeit kann aber für die öffentliche Stellung gefährlich werden. Wenn z. B. Militärpersonen in verantwortlicher Stellung durch willkürlich erhobene, schikanöse Klagen systematisch dazu gezwungen würden, sich in öffentlichen Gerichtsverhandlungen zu rechtfertigen, so müßte die Hilfslosigkeit gegenüber solchen unbegründeten Ansprüchen ihre Dienstfreudigkeit zweifellos beeinträchtigen. Aber nicht nur Drittpersonen, auch der Untergebene selbst, könnte jederzeit gegen seinen Vorgesetzten als Zivilkläger auftreten, ein Recht, das in dieser Form mit den militärischen Interessen kaum vereinbar ist.

Die Schadenersatzklage besteht zwar zum Schutze des Geschädigten; wenn sie begründet ist, hat aber auch der Staat ein Interesse an ihrer Geltendmachung, denn die zivilrechtliche Haftung ist dann eine Verstärkung der strafrechtlichen und disziplinarischen Verantwortlichkeit und wird den Schuldigen meistens mehr treffen als jene. Eine Schadenersatzklage gefährdet die dienstliche Stellung erst, wenn sie rechtlich unbegründet ist. Die Verwirklichung des Schadenersatzanspruches müßte demnach derart geregelt werden, daß unbegründete Klagen gar nicht bis zum Dienstpflichtigen gelangen könnten.

Aber auch dann zeigt sich immer noch ein Uebelstand: die Beurteilung der Verantwortlichkeit bleibt zwei von einander unabhängigen Stellen übertragen. Einerseits haftet der Dienstpflichtige den Militärgerichten, bezw. seinen Vorgesetzten, welche ihn disziplinarisch bestrafen und die strafrechtliche Voruntersuchung gegen ihn anordnen, anderseits wird er den Zivilgerichten frei verantwortlich, vor denen jedermann jederzeit das zivilgerichtliche Verfahren einleiten kann. Ein dienstliches Verhalten, das strafrechtlich und disziplinarisch gebilligt worden ist, kann also nachträglich von den Zivilgerichten als pflichtwidrig verurteilt werden. Dieser Zwiespalt muß einer Unsicherheit rufen, welche erst behoben wird, wenn strafrechtliche, disziplinarische und zivilrechtliche Verantwortlichkeit eine einheitliche Beurteilung erfahren.

Auch den Interessen des seine Dienstpflicht erfüllenden Bürgers kommt das geltende Recht nicht entgegen. Ohne seinen Willen wird ihm eine Stellung überbunden, in der das kleinste Versehen bewirken kann, daß das Heer mit

der ihm eigenen Wucht sein Ziel verfehlt und großen Schaden anrichtet. Es erscheint dann ungerecht, den Dienstpflichtigen zum vollen Ersatz des durch seine Schuld herbeigeführten Schadens zu verpflichten. Bei der Festsetzung des Schadenersatzes hat der Richter aber nur die Wahl, entweder den Dienstpflichtigen zum Ersatz zu verurteilen, oder den Schaden auf dem Geschädigten sitzen zu lassen. Entbindet er den einen, so wird der andere entsprechend belastet. Der Staat aber, in dessen Interesse die schädigende Handlung schließlich vorgenommen worden ist, kann zur Schadenstragung überhaupt nicht mitverpflichtet werden. Der Richter ist also gezwungen, im Zweifelsfalle stets zu Ungunsten des Dienstpflichtigen zu entscheiden, der immerhin das schuldige Prinzip verkörpert.

Die gegenwärtige Regelung des Schadenersatzes beeinträchtigt endlich den Geschädigten selbst. Wenn der Dienstpflichtige auch für den Schaden haftet, so wird er meistens doch nicht die Mittel haben, den verschuldeten Schaden ganz zu ersetzen. Der Rechtsschutz, den die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für den Dritten darstellen soll, wird damit illusorisch. In den meisten Fällen weiß der Geschädigte auch gar nicht, gegen wen er klagen soll. Der schuldige Dienstpflichtige verschwindet in der Masse, welche für militärische Maßnahmen stets in Bewegung gesetzt wird, so daß es dem außenstehenden Dritten nicht möglich ist, den Schuldigen selbst herauszusuchen [2]). Das erschwert die Stellung des Klägers bedeutend.

Im Nichtübungsdienst ist somit die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Militärdienstpflichtigen noch ganz unbefriedigend geordnet. Ganz abgesehen vom öffentlichen Interesse wird das Recht nicht einmal den Interessen des Dienstpflichtigen und des Geschädigten selbst gerecht. Sie sind wesentlich schlechter gestellt als bei der Haftung des Geschäftsherrn und bei der Haftung der juristischen Person, trotzdem auch im Militärdienst die gleichen Voraussetzungen gegeben sind wie dort. Wenn der Staat juristische Personen für ihre Organe und den Geschäftsherrn für seine Angestellten haften läßt, so ist es unbillig, die eigene Haftpflicht auszuschließen, wenn er unter den gleichen Bedingungen tätig werden muß. Die Tatsache, daß es sich hier um öffentlichrechtliche Funktionen handelt, kann daran nichts ändern.

---

[2]) Daher erscheinen in den bisherigen Zivilprozessen meistens mehrere Beklagte: vgl. B. G. E. 47, II. 176 ff. und das zitierte Urteil des st. gallischen Kantonsgerichtes, siehe oben S. 80 ff.

Auch de lege ferenda hat eine Untersuchung des dienstlichen Schadenersatzrechtes von den beiden Gesichtspunkten auszugehen, auf die schon in der Einleitung hingewiesen wurde: Wie ist die Schadenstragung zu regeln (1), und wie ist das Verfahren für die Geltendmachung des Anspruchs auszugestalten (2)?

1. Die vorbildliche Regelung, welche die Militärorganisation für den Schadenersatz im Militärdienst getroffen hat, ist überall möglich, wo der Bund für das Verschulden seiner Dienstpflichtigen primär verantwortlich sein soll. Es ist deshalb vorerst zu untersuchen, wie weit die Haftung des Bundes für dienstliche Verrichtungen überhaupt ausgedehnt werden darf. Eine Erweiterung der in Art. 27 ff. M. O. aufgestellten Entschädigungspflicht ist auf zwei Arten denkbar: einmal, indem die Haftung des Bundes nicht nur auf die übungsweise vorgenommenen Diensthandlungen beschränkt wird, sondern auch auf solche ausgedehnt würde, die nicht Uebungen sind (a), dann aber auch dadurch, daß die sich in der Militärorganisation nur auf positiven Schaden beziehende Ersatzpflicht auch auf negativen Schaden erweitert würde (b).

a) Die Militärorganisation läßt den Bund nur für Uebungsschäden haften, trotzdem der in Art. 27 ff. enthaltene Gedanke einer Prävention auch für andere Dienstverrichtungen zutrifft. Deshalb legt die Praxis die Bestimmungen der Militärorganisation extensiv aus und wendet sie auch auf Verrichtungen des Aktivdienstes an, die nicht mehr Uebungen sind. Für die kriegführenden Länder, wo die Tätigkeit des Heeres entweder Friedensdienst oder Kriegsdienst ist, mag eine Regelung, wie sie die Militärorganisation aufstellt, auch genügen. Aber bei uns, wo die bloße Präsenz des Heeres, z. B. als Grenzbesetzung, die weitaus häufigste Art des Aktivdienstes sein wird, sollte auch der Aktivdienst außerhalb Kriegszeiten im Schadenersatzrecht eigens berücksichtigt werden. Art. 27 M. O. schließt die Haftung des Bundes aus für Schädigungen, welche durch höhere Gewalt verursacht werden. In entsprechender Weise müßte die Entschädigungspflicht auch gegen die Kriegsschäden negativ abgegrenzt werden, indem der Bund für alle durch dienstliche Tätigkeit zugefügten Schädigungen zu haften hätte, sofern sie nicht bei der Vorbereitung, Unterstützung oder Durchführung einer Kampfhandlung verursacht worden sind.

Es bliebe so noch eine Gruppe von Schäden, für welche der Bund nicht verantwortlich gemacht werden könnte: die Kriegs-

schäden. Für diese Art Schädigungen ist wesentlich, daß sie sich zu einer Zeit ereignen, wo die Unabhängigkeit der rechtlichen Ordnung angegriffen ist und daß sie durch Maßnahmen zugefügt werden, welche gerade die Wiederherstellung der Ordnung bezwecken. Die Haftung des Staates ist aber eine Gefährdenshaftung und als solche muß sie die Verwirklichung des öffentlichen Interesses hemmen, wenn ihr auch die rechtmäßigen Handlungen unterworfen werden. Es ist daher nicht zweckmäßig, die Bewegungsfreiheit des Staates bei seiner Selbstbehauptung durch die Aufstellung von Haftungsvorschriften einzuschränken [3]). Wenn die Billigkeit dennoch dafür spricht, Gebiete, welche durch Kriegsereignisse besonders stark mitgenommen wurden, zu entschädigen und den im öffentlichen Interesse erlittenen Schaden auf die Allgemeinheit zu verteilen, so läßt sich doch immer erst nachträglich entscheiden, wie weit das möglich ist. Erst nach Beendigung eines Krieges kann festgestellt werden, welche Gebiete und Bevölkerungsteile durch die Kriegsereignisse am schwersten betroffen worden sind und in welchem Maße die vom Krieg nicht betroffenen Glieder der Gemeinschaft zur Schadenstragung herangezogen werden können. Auf diese Weise ist auch eine gleichmäßige Belastung aller viel gerechter durchzuführen, als wenn der Staat schon zu Beginn des Krieges verpflichtet wäre, allen Schaden zu ersetzen und schließlich seine Mittel erschöpft sähe, spätere Ersatzansprüche gleich zu behandeln.

Die Gefährdenshaftung des Art. 27 ff. M. O. erstreckt sich nun aber nicht nur auf rechtmäßige Handlungen, sie schließt auch eine Haftung des Bundes für die unrechtmäßige Handlung des Dienstpflichtigen in sich. Kann der regreßpflichtige Schuldige nicht zur Deckung des Schadens herangezogen werden, so trägt der Bund auch den pflichtwidrig verursachten Schaden endgültig. Seine Entschädigungspflicht gegenüber dem Geschädigten ist nicht etwa bedingt durch die nachträgliche Regreßhaftung des Schuldigen. Die Haftpflicht ist ein von der Verschuldenshaftung des Dienstpflichtigen unabhängige und besteht kraft eigener Rechtspflicht. Der Staat haftet also für das Verschulden eines Dienstpflichtigen aus dem gleichen Rechtsgrunde wie für seine rechtmäßigen Handlungen: Er soll nämlich nicht nur die Gefahr verhüten, welche aus einer mangelhaften Organisation des Dienstbetriebes und der hiebei verwendeten Mittel entsteht, er soll auch

---

[3]) Vgl. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, S. 596; O. Mayer, Bd. I, S. 10 u. Bd. II, S. 567; Hauriou: Précis, S. 83.

die Gefährdung einschränken, welche die mangelhafte Disziplin der Dienstpflichtigen für jeden Dritten darstellt [4]). Wenn eine Haftpflicht des Bundes für die rechtmäßige Diensttätigkeit in Kriegszeiten unzweckmäßig ist, so gilt dies nicht auch für pflichtwidrige Tätigkeit des Dienstpflichtigen. Auch in Kriegszeiten liegt es im öffentlichen Interesse, daß die dienstlichen Pflichten beobachtet werden und daß ein Verstoß dagegen unmöglich gemacht wird. Erst wenn diese Disziplin hergestellt ist, ist das Heer seiner Aufgabe ganz gewachsen. Daher könnte die Haftung des Bundes für die pflichtwidrigen Handlungen der Dienstpflichtigen ohne Bedenken auch auf Kriegszeiten ausgedehnt werden, trotzdem hier die Voraussetzungen für eine allgemeine Schadenshaftung fehlen.

b) Bei der rechtmäßigen Ausübung der Staatsgewalt kann der Bund für entgangenen Gewinn nicht verantwortlich gemacht werden. Wenn er im Militärdienst eine Haftpflicht für entgangenen Gewinn auf sich nehmen wollte, so hätte er auch den dienstuenden Bürger für seine Dienstleistung voll zu entschädigen und ihn nicht nur mit einem kleinen Entgelt in Gestalt des Soldes abzufinden. Denn der Dienstpflichtige erleidet durch den Militärdienst ebenfalls eine rechtmäßige Beschränkung in seiner Erwerbsfreiheit. Der Verdienstausfall, den ein Privater durch militärische Anordnungen erleidet, ist darum noch keine unbillige Belastung, solange nicht auch der dienstpflichtige Bürger für den geleisteten Militärdienst voll entschädigt wird.

Was bei den rechtmäßigen Handlungen zutrifft, gilt jedoch nicht für die pflichtwidrigen Diensthandlungen. Der Dienstpflichtige kann den Dritten nicht nur am Eigentum und an den Kulturen unerlaubterweise schädigen, durch ein pflichtwidriges Verhalten kann er ihn auch hindern, seiner Arbeit nachzugehen. Gegen solche Uebergriffe ist der Private zu schützen wie gegen Sachbeschädigungen. Während es aber unbillig ist, den Bund für einen rechtmäßig zugefügten negativen Schaden haftbar zu machen, fällt diese Einschränkung für den pflichtwidrig verursachten entgangenen Gewinn weg. Der Staat haftet hier nicht mehr unmittelbar für den verursachten Schaden selbst, den er ja nicht gewollt hat, sondern er steht nur für das pflichtwidrige Verhalten seiner Dienstpflichtigen und allen dadurch herbeigeführten Schaden ein.

Es erscheint unnötig, daß auch die Genugtuungspflicht in der Dienstführung besonders geregelt wird. Einmal muß diese Ver-

---

[4]) Vgl. Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 56.

pflichtung immer persönlich erbracht werden und kann darum nicht auf den Staat abgewälzt werden, dann aber schließen die Voraussetzungen, an welche das Gesetz die Entstehung einer Genugtuungspflicht knüpft, die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens in der Regel aus, daß der Dienstpflichtige noch in der Dienstführung tätig wird. Er handelt in diesem Falle in seiner Eigenschaft als Bürger und haftet auch dementsprechend.

2. Wie ist die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches auszugestalten, damit der Dienstpflichtige in seiner Stellung tatsächlich geschützt wird?

Wenn der Bund für die dienstlichen Handlungen, — seien sie rechtmäßig oder unrechtmäßig —, primär haftet, ist eine Regelung im Sinne von Art. 27 ff. M. O. gegeben: Der Bund haftet dem Geschädigten kausal für alle Schädigungen und zwar er allein; er hat aber das Recht, auf den Schuldigen Regreß zu nehmen. Der Schadenersatzprozeß des Geschädigten spielt sich so ausschließlich zwischen diesem und dem Bund ab, und der einzelne Dienstpflichtige wird davon überhaupt nicht berührt. Anderseits wird die zivilrechtliche Verantwortlichkeit zu einer internen Angelegenheit und kann vom Staat entsprechend der disziplinarischen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit gehandhabt werden. Die Uebereinstimmung der drei Formen der Verantwortlichkeit ist damit vollzogen.

Allein die Dienstpflicht beansprucht den Dienstpflichtigen nicht so sehr, daß er neben den dienstlichen Verrichtungen nicht auch im eigenen Interesse tätig zu werden vermöchte [5]). Wo er aber als Bürger auftritt und seine persönlichen Zwecke verfolgt, kann der Bund kein Interesse mehr haben, primär für seine Schädigungen einzustehen. Als Bürger muß auch der Dienstpflichtige dem zivilen Schadenersatzrecht unterworfen bleiben. Wer soll aber entscheiden, ob eine Handlung dienstlich oder bürgerlich ist, bezw. ob der Bund oder der Dienstpflichtige dafür verantwortlich gemacht werden kann? Der Geschädigte selbst kann hierzu nicht befugt sein, sonst könnte er, wie es ihm gerade paßte, den Bund oder unmittelbar den Dienstpflichtigen für einen Schaden einklagen, indem er den Dienstpflichtigen dort als öffentlichen Funktionär, hier als gewöhnlichen Bürger auffaßte. In beiden Fällen hätten die Zivilgerichte festzustellen, ob der Bund oder der Dienstpflichtige passiv legitimiert sei. Die bürgerlichen Gerichte

[5]) Siehe oben S. 12 f.

können aber darüber nicht entscheiden, ob eine Handlung im öffentlichen Interesse vorgenommen wird oder nicht, da ihnen jeder Einblick in die besonderen öffentlichrechtlichen Verhältnisse fehlt.

Die Entscheidung dieser Vorfrage, in welcher Eigenschaft der Dienstpflichtige gehandelt hat, muß von einer Stelle ausgehen, die mit den dienstlichen Interessen vertraut ist. Zweckmäßig wäre es z. B., das Klagebegehren unmittelbar an den Oberauditor richten zu lassen, welcher den Fall den zuständigen Untersuchungsrichtern und Auditoren zur Entscheidung der Vorfrage überweisen würde. Anerkennen sie die Passivlegitimation des Bundes, so könnte eine Schadenersatzklage nur noch gegen den Bund selbst gerichtet werden, was sowohl für den Dienstpflichtigen als auch für den Geschädigten von Vorteil sein müßte: Für jenen, weil er vor ungerechtfertigten Klagen sicher wäre, für diesen, weil er nun gegen den zahlungsfähigen Staat klagen könnte. Damit würde das Recht den verschiedenen, am dienstlichen Schadenersatzrecht beteiligten Interessen wohl am ehesten gerecht werden.

Verzeichnis der schweizerischen Literatur.

Antonievitch, T.: La nature juridique de la fonction publique. Genf 1914.

Bertheau, K.: Die Kontrolle der Militärausgaben. Diss. Bern 1923.

Burckhardt, W.: Die Entschädigungspflicht nach schweizerischem Expropriationsrecht (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 32, S. 145 ff.).

Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit. Verhandlungen der Expertenkommission. 1917.

Ernst, W.: Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht (unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Militärstrafrechts). Diss. Zürich 1923.

Escher, H.: Schweizerisches Bundesbeamtenrecht. Diss. Zürich 1903.

Eugster, J.: Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichte. Rastatt 1913.

Fischer: Die Haftbarkeit des Staates und der Gemeinden für Schädigungen Privater durch legislatorische und administrative Erlasse (Schweiz. Zentralblatt f. Staats- u. Gemeindeverwaltung I, S. 177 ff.).

Fleiner: Erster und zweiter Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Errichtung eines Eidgenössischen Verwaltungsgerichts. März 1906 und Mai 1907.

Frey, R.: Die Haftung des schweizerischen Offiziers, insbesondere des Militärarztes. Zürich 1907.

Geser, Alb.: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate. Diss. Freiburg 1898.

Graf, E.: Das eidgenössische Expropriationsrecht. Diss. Aarau 1905.

Gugger, J.: Der Mißbrauch der Dienstgewalt nach schweizerischem und deutschem Militärstrafrecht. Diss. Bern 1911.

v. Harling, M.: Die Schweizer Militärsteuer. Berlin 1912.

Hofer, C.: Der Schadenersatz im Landkriegsrecht. Diss. Zürich 1910.

His, E.: Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen. Akademische Antrittsrede an der Universität Zürich (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 42, S. 22 ff.).

Kaegi, E.: Der Waffengebrauch des Militärs in der Schweiz mit Berücksichtigung des deutschen Militärstrafrechts. Rastatt 1913.

Kaufmann, H.: Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 31, S. 601 ff.).

Müller, Alfr.: Die Militärlasten nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1913.

Nägeli: Die Disziplinargewalt des Staates und der Gemeinden über deren Beamte und Angestellte. Zürich 1915.

Nanz: Befehlsberechtigung und Gehorsamspflicht im schweizerischen Militärstrafrecht. Diss. Zürich 1916.

Ott: La révision de la loi fédérale sur la responsabilité (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 31, S. 745 ff.).

Rieter, F. H.: Das militärische Delikt des Ungehorsams nach deutschem und schweizerischem Militärstrafrecht. Diss. Leipzig 1911.

Rigassi, Ch.: Les principes d'indemnisation en matière d'expropriation. Diss. Lausanne 1916.

Rüttimann: Ueber die der schweizerischen Eidgenossenschaft für Realisierung des Bundesrechts zu Gebote stehenden Organe und Zwangsmittel (im Programm der eidg. polytechnischen Schule für das Schuljahr 1862/63).

Schindler, D.: Die Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Kantonen im Heerwesen. Diss. Zürich 1916.

Schneider: Die Zuständigkeit der militärischen Gerichte in der Schweiz. Basel 1901.

Schütz, Alb.: Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1918.

Sieber: Das Recht der Expropriation. 1889.

Silbernagel: Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 21, S. 85 ff.).

Sprecher von Bernegg, A.: Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Diss. Bern 1921.

Tobler, H.: Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten. Zürich 1905.

Vogt, E.: Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes. Diss. Zürich 1908.

de Weiss: De l'expropriation pour cause d'utilité publique. 1897.

Ziegler, E.: Referat über die (direkte oder subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten (Z. f. schw. R. n. F. Bd. 7, S. 481 ff.).

Abkürzungen.

A. S.	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
B. Bl.	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft.
B. G. E.	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung).
B. V.	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
B. V. G.	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850.
B. Z.	Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850.
D. R.	Dienstreglement für die schweizerischen Truppen. Bundesratsbeschlüsse vom 23. Januar 1900 und 23. Oktober 1908.
E. H. G.	Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post vom 28. März 1905.
M. O.	Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft. Bundesgesetz vom 12. April 1907.
a. M. O.	Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft. Bundesgesetz vom 13. Wintermonat 1874.
M. St. G.	Militärstrafgesetz. Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851.
M. St. G. O.	Militärstrafgerichtsordnung. Bundesgesetz vom 28. Juni 1889.
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung.
V. R.	Verwaltungsreglement für die schweizerische Armee. Bundesbeschluß vom 27. März 1885.